Die nothwendigen 2c. Eide.

Mit Belegen aus der Praxis der obersten Gerichte.

Von

Dr. F. G. L. Strippelmann,
Obergerichtsrath.

Erste Hälfte.

Cassel, 1857.
Druck und Verlag von Theodor Fischer.

Inhalts-Verzeichniß.

(Erste Hälfte.)

Erster Abschnitt.

Der Ergänzungs-Eid.

I. Einleitung. §. 1 (S. 1).

Bedenken wider dessen Zulässigkeit wegen der Nichtexistenz unvollständiger Wahrheit; der Verwechselung des Ergänzungseids mit dem Glaubenseide im gemeinen Leben; — des Verhältnisses des Schwörenden zum Gegenstand des Rechtsstreits (als Zeugen in eigener Sache) &c.

II. Gesetzliche Begründung.

A. Gesetzliche Bestimmungen; §. 2 (S. 7).

B. Geschichte der Lehrmeinungen.

1. Lehre der Glossatoren und späteren Juristen, insbesondere rücksichtlich des s. g. halben Beweises; §. 3 (S. 11).
2. Grundsätze des canonischen Rechts; §. 4 (S. 16).
3. Bestreitung der rechtlichen Begründung des Ergänzungseids durch Duaren, Corasius, H. Donellus und spätere Juristen, mit Verwerfung des halben Beweises; §. 5 (S. 16).
4. Ansicht R. Bachovs v. Echt; §. 6 (S. 27).
5. Vertheidigung und nähere Begründung der Lehre der Glossatoren durch spätere Juristen; §. 7 (S. 28).
6. Ansicht Gesterdings; §. 8 (S. 33).
7. Ansicht von der Nothwendigkeit eines mehr als halben Beweises zur Auflegung des Ergänzungs-Eides; §. 9 (S. 35).
8. Lehre vom halben Beweis als gemeine Meinung; §. 10 (S. 39).
9. Particular-Gesetze; §. 11 (S. 43).

III. Ausführung.

Erster Titel.

Unvollständigkeit des Beweises.

Ueberhaupt; §. 12 (S. 48).

Der
Gerichts-Eid.

Dritte Abtheilung.

Die nothwendigen 2c. Eide.

von

Dr. F. G. L. Strippelmann,
Obergerichtsrath.

Cassel, 1857.
Druck und Verlag von Theodor Fischer.

Die

nothwendigen 2c. Eide.

Mit Belegen aus der Praxis der obersten Gerichte.

Von

Dr. F. G. L. Strippelmann,

Obergerichtsrath.

Cassel, 1857.

Druck und Verlag von Theodor Fischer.

Vorwort.

Die Lehre vom Eide und vom Gerichtseide insbesondere ist, wie aus dem Bisherigen und dem Nachfolgenden sich ergibt, in Beziehung sowohl auf den Grund ihrer Entstehung, als auf alle Stadien ihrer Ausbildung, Schritt vor Schritt, bezweifelt und angefochten worden. In der ersten Beziehung ergab sich die Nothwendigkeit einer solchen zwiespältigen Auffassung schon aus dem verschiedenen Standpunct, von welchem aus der innere Grund der Heilighaltung des Eides betrachtet wurde. Indessen konnte es doch, zumal in einem christlichen Lande, nicht zweifelhaft erscheinen, welche Stellung bei der Behandlung dieser Materie einzunehmen sey. Nach der ganzen Bedeutung des Eides vermag nur das untrügliche Wort der ewigen Wahrheit Licht auch über diesen Theil menschlicher Wissenschaft zu verbreiten und darum mußte im ersten Theil dieser Erörterung die Natur und das Wesen des Eides aus der heiligen Schrift und der Lehre der Kirche zu entwickeln versucht werden. Von diesen aus Gottes Wort entlehnten Gedanken getragen, wird denn auch der menschliche Blick die verschiedenen Erscheinungen, in welchen der Eid nach seinen einzelnen Beziehungen sich darstellt, unbeirrt von den den aus andern Erkenntniß-Quellen

abgeleiteten Vorstellungen, der Wahrheit entsprechend, zu ergründen im Stande seyn. So wird die Auffassung vom Eide, wie wir sie nach der einen Seite hin bei den Römern, nach der andern hin bei unseren deutschen Voreltern vorfinden, in Ansehung jener doppelten Richtung, in das rechte Licht gestellt und verstanden, eben damit aber der falsche Wahn zerstört werden können, als sey der Eid schlechthin unstatthaft, oder als komme es, im Fall seiner Zulassung, auf den Inhalt des Gottesbewußtseyns des Schwörenden, auf sein Bekenntniß zu dem dreieinigen Gott, der die Menschheit erschaffen und erlöst hat, nicht an, als genüge vielmehr — der bloß moralische Eid.

Im zweiten und dritten Theile mußte es sodann die Aufgabe seyn, einestheils die, ihrem Ursprunge nach, den römischen Rechtsquellen ihre Entstehung verdankenden Eidesgattungen darzustellen, anderntheils die Eide deutschrechtlicher Begründung einer näheren Prüfung zu unterziehen. Die Betrachtung der als Gerichtseide insbesondere aufzufassenden Eide führt zu einem ähnlichen Ergebniß, als die so mancher anderer Erscheinungen in der Geschichte jener beiden Völker. Wie hier namentlich die Bemühungen des Forschenden, die Vergangenheit mit der Gegenwart in eine lebensvolle Verbindung zu bringen, nicht selten nur an kärglichen Ueberresten jener sich fortzuleiten und auf einander sich durchkreuzenden Pfaden den Ausgang zu gewinnen suchen muß, — so auch in der vorliegenden Materie, welche auf einen der wichtigsten Gegenstände des sittlichen und des Rechts-Lebens sich bezieht.

Nach Maaßgabe der beiden genannten Völkern eigenthümlichen Arten der Entwickelung der Eideslehre lassen sich die einzelnen Gerichtseide etwa so ordnen:

1. Gerichtseide, welche aus dem römischen Rechte

ausschließlich ihre Entstehung herleiten, wie: der zugeschobene, der Ergänzungs-, der Schätzungs-Eid, mit Einschluß des Zenonischen; wobei, was den vorletzten betrifft, der, wieder aufgegebene Versuch eines deutschen Particularrechts, wider jenen ein Gegengewicht im Minderungs-Eide darzubieten, nur anzudeuten, — der Perhorrescenz-Eid aber, wenigstens seiner späteren Ausbildung in manchen Theilen von Deutschland zufolge, dem Ergänzungs-Eide zuzugesellen ist.

2. Solche, die, bei aller ihrer Vereinigung mit Elementen des fremden Rechtes, in ihrer Entstehung wie in dem ganzen Charakter, die Natur des alten germanischen Vertheidigungs- (Reinigungs-) Eides nicht verleugnen, wie: der heutige Reinigungs-, der Diffessions-, der Editions- und der Manifestations-Eid.

3. Als eine dritte Gattung endlich läßt sich eine Reihe von Eiden, welche von den bisher erwähnten verschieden sind, bezeichnen; sie charakterisiren sich einestheils durch das gemeinsame Merkmal, daß sie, als Nebeneide, von den meisten der unter 1. und 2. aufgeführten Haupteiden abweichen; anderntheils aber, wie in ihrer rechtlichen Natur, also auch nach ihrer Zweckbestimmung wiederum unter einander sich etwa so abtheilen lassen, nämlich in

a. Calumnien-Eide, wie der Restitutions- und der Appellations-Eid; der letztere insoweit er nicht zur Nachweisung der Erwachsenheit gebraucht wird;

b. Bescheinigungs-Eide, wie der unter a. zuletzt gedachte und der Armen-Eid;

c. Verpflichtungs-Eide, wie der Eid der Zeugen und Sachverständigen.

Diese Ordnung liegt der Ausführung des zweiten und dritten Theils dieser Erörterung des Gerichtseides zum Grunde.

Der Verfasser schließt mit dem innigen Wunsche dieß Wort, daß die den vierzehnten Abschnitt des vorliegenden Theiles enthaltenden Betrachtungen Berufenen dazu neue Anregung geben möchten, durch eine heilbringende Einwirkung auf den hochwichtigen Gegenstand der bisherigen Ausführung die Gefahren für das Seelenheil so vieler, ihr Recht vor den Gerichten Suchender, zu mindern, welches in der Hauptsache nur dadurch wird erreicht werden können, wenn der Eid als ein christlicher wieder anerkannt, als solcher gehandhabt und demgemäß mit der Kirche in die seinem Wesen entsprechende Verbindung gebracht und darin erhalten wird.

Cassel, den 16. December 1857.

Der Verfasser.

Inhalts = Verzeichniß.

Erster Abschnitt.
Der Ergänzungs = Eid.

I. Einleitung. §. 1 (S. 1).

Bedenken wider dessen Zulässigkeit wegen der Nichtexistenz unvollständiger Wahrheit, — der Verwechselung des Ergänzungseids mit dem Glaubenseide im gemeinen Leben, — des Verhältnisses des Schwörenden zum Gegenstand des Rechtsstreits, als Zeugen in eigener Sache ꝛc.

II. Gesetzliche Begründung.

A. Gesetzliche Bestimmungen; §. 2 (S. 7).

B. Geschichte der Lehrmeinungen.

1. Lehre der Glossatoren und späteren Juristen, insbesondere rücksichtlich des s. g. halben Beweises; §. 3 (S. 11).
2. Grundsätze des canonischen Rechts; §. 4 (S. 16).
3. Bestreitung der rechtlichen Begründung des Ergänzungseids durch Duaren, Corasius, H. Donellus und spätere Juristen, mit Verwerfung des halben Beweises; §. 5 (S. 16).
4. Ansicht R. Bachovs v. Echt; §. 6 (S. 27).
5. Vertheidigung und nähere Begründung der Lehre der Glossatoren durch spätere Juristen; §. 7 (S. 28).
6. Ansicht Gesterdings; §. 8 (S. 33).
7. Ansicht von der Nothwendigkeit eines mehr als halben Beweises zur Auflegung des Ergänzungs=Eides; § 9 (S. 35).
8. Lehre vom halben Beweis, als gemeine Meinung; §. 10 (S. 39).
9. Particular=Gesetze; §. 11 (S. 43).

III. Ausführung.

Erster Titel.

Unvollständigkeit des Beweises.

Ueberhaupt; §. 12 (S. 48).

Insbesondere.

Erstes Kapitel.

Unvollständigkeit des Zeugenbeweises.
1. Ueberhaupt; §. 13 (S. 52).
2. Glaubwürdigkeit der Zeugen; §. 14 (S. 57).
3. Beschaffenheit der Aussage der Zeugen; §. 15 (S. 59).
4. Ob im Falle formwidriger Abhörung der Zeugen; §. 16 (S. 65).

Zweites Kapitel.

Unvollständigkeit des Beweises durch Sachverständige; § 17 (S. 65).

Drittes Kapitel.

Unvollständigkeit des Beweises durch Urkunden.
Ueberhaupt; §. 18 (S. 68).
1. Durch Schriftvergleichung; §. 19 (S. 68).
2. Durch Handelsbücher; §. 20 (S. 83).
3. Außergerichtliches Geständniß.
   a. Ueberhaupt; §. 21 (S. 90).
   b. Voraussetzungen; §. 22 (S. 92).
4. Dringende Vermuthungen; §. 23 (S. 104).

Zweiter Titel.

Bedeutung und Werth des Streitobjects.
a. Grundsätze des gemeinen Rechtes; §. 24 (S. 122).
b. Grundsätze des hessischen Rechtes; §. 25 (S. 129).

Dritter Titel.

Qualification der Person des Schwörenden und Kenntniß der Wahrheit.
Die Eigenschaften des Schwörenden; §. 26 (S. 136).
Wahrheits- oder Glaubens-Eid; §. 27 (S. 140).

Vierter Titel.

Richterliche Thätigkeit. (Causae cognitio.)
Ueberhaupt; §. 28 (S. 147).
Qualification der Thatsachen zur Aufnahme in den Schwursatz; §. 29 (S. 153).
Eides-Erkenntniß; §. 30 (S. 155).

Fünfter Titel.

Weiteres Verfahren.
Leistung, — und Weigerung des Eides; — Folge; §. 31 (S. 156).
Anfechtung des Eides; §. 32 (S. 162).

Zweiter Abschnitt.

Der Reinigungs-Eid.

Erster Titel.

Nach älterem deutschen Rechte.

Erstes Kapitel.

Rechtliche Bedeutung dieses Eides.
Ueberhaupt; §. 1 (S. 165).
Verfahren; §. 2 (S. 180).
Verstärkung des Eides durch Eideshelfer; §. 3 (S. 183).

Zweites Kapitel.

Verhältniß des Reinigungs-Eids zum Ordale; §. 4 (S. 192).

Drittes Kapitel.

Ausbildung des deutschen Vertheidigungs-Eids zum canonischen Reinigungs-Eid; §. 5 (S. 202).

Zweiter Titel.

Der heutige Reinigungs-Eid; §. 6 (S. 212).

Dritter Abschnitt.

Gemeinsames rücksichtlich des zugeschobenen Eides einer- und des Ergänzungs- und Reinigungs-Eides andererseits.

Erstes Kapitel.

Verhältniß des Ergänzungs- und Reinigungs-Eides zu einander; §. 1 (S. 226).

Zweites Kapitel.

Verhältniß des Ergänzungs- und Reinigungs-Eides zur Eideszuschiebung; §. 2 (S. 233).

Drittes Kapitel.

I. Eidesregulirung.
  1. Ueberhaupt; §. 3 (S. 238).
    a. Einreichung der Eidesformel; §. 4 (S. 241).
    b. Inhalt der Formel; §. 5 (S. 242).
    c. Berichtigung der Eidesformel von Amtswegen.
      α. Ueberhaupt; §. 6 (S. 245).
      β. In höherer Instanz; §. 7 (S. 251).
    d. Folge der Berichtigung der Eidesformel; §. 8 (S. 255).
  2. Verbindung verschiedener Eidesformeln mit einander; §. 9 (S. 255).
II. Pfarramtliche Vorbereitung zur Eidesleistung; §. 10 (S. 257).

Vierter Abschnitt.

Der Diffessions-Eid.

1. Gesetzliche Begründung; §. 1 (S. 261).
2. Rechtliche Natur und Form des Eides; §. 2 (S. 268).
3. Deferent; §. 3 (S. 276).
4. Delat; §. 4 (S. 278).
5. Richterliche Prüfung; §. 5 (S. 280).
6. Erklärung der Producten; §. 6 (S. 284).
7. Abwendung des Eides durch Aechtheits-Beweis.
  a. Befugniß dazu; §. 7 (S. 292).
  b. Verfahren; §. 8 (S. 296).
  c. Erkenntniß; §. 9 (S. 305).
  d. Wirkung und Anfechtung des Diffessions-Eids; §. 10 (S. 306).

Fünfter Abschnitt.
Der Editions-Eid.

Erstes Kapitel.
Gesetzliche Begründung und rechtliche Natur desselben; §. 1 (S. 309).

Zweites Kapitel.
Grundsätze über das Recht auf Edition von Urkunden und das deshalbige Verfahren.

A. Ueberhaupt; §. 2 (S. 322).

B. Voraussetzungen.

I. Verhältniß des Klägers und Verklagten in Beziehung auf das Interesse bei der Edition von Urkunden; §. 3 (S. 325).

II. Rechtliche Verbindlichkeit zur Edition.
1. Gemeinschaftlichkeit der Urkunde; §. 4 (S. 327).
2. Recht des Fiscus; §. 5 (S. 338).

III. Darlegung und Bescheinigung des Besitzes der Urkunden; §. 6 (S. 339).

IV. Erklärung des Imploraten; §. 7 (S. 343).

V. Erkenntniß auf den Eid; §. 8 (S. 344).

VI. Weiteres Verfahren und Erkenntniß; §. 9 (S. 345).

Sechster Abschnitt.
Der Manifestations-Eid.

I. Rechtliche Begründung desselben nach römischem Rechte; §. 1 (S. 348).

II. Erweiterung des Bereichs des Manifestations-Eides über den gemeinrechtlichen Umfang.
1. Nach sächsischem und gemeinem Rechte; §. 2 (S. 352).
2. Nach hessischem Rechte; §. 3 (S. 362).

III. Rechtliche Natur desselben.
1. Als modificirter Reinigungs-Eid; §. 4 (S. 381).
2. Als Haupt-Eid; §. 5 (S. 383).

IV. Begründung des Antrags; §. 6 (S. 386).

V. Vertheidigung des Imploraten gegen den Antrag; §. 7 (S. 391).

VI. Auflage des Manifestations-Eides; §. 8 (S. 395).

VII. Defectenbeweis des Imploraten; §. 9 (S. 396).

Siebenter Abschnitt.
Der Schätzungs-Eid.

Erstes Kapitel.
Der Schätzungs-Eid im engeren Sinne.

I. Ueberhaupt; §. 1 (S. 399).

II. Rechtliche Bedeutung und Umfang.
1. Ist der Eid auf Klagen beschränkt, welche die Herausgabe oder Zurückgabe einer Sache betreffen? §. 2 (S. 401).
2. Verhältniß dieses Eides zu andern Eiden; §. 3 (S. 418).

III. Begründung des Antrags auf den Schätzungseid.
1. Ueberhaupt; §. 4 (S. 423).
2. Angabe des auf die Geldentschädigung sich beziehenden Verpflichtungsgrundes des Verklagten.
a. Existenz eines Schadens; §. 5 (S. 424).
b. Böswilligkeit, grobe Fahrlässigkeit, oder Ungehorsam des Verklagten.
α. Dolus oder culpa lata; §. 6 (S. 429).
β. Ungehorsam gegen gerichtliche Entscheidungen; §. 7 (S. 432).
3. Nothwendigkeit einer Schätzung des Schadens; § 8 (S. 440).

IV. Richterliche Prüfung des Antrags und Verfügung darauf; §. 9 (S. 440).

V. Grenzen des Taxations-Werths; §. 10 (S. 442).

Zweites Kapitel.

Der Zenonische Eid; §. 11 (S. 449).

Drittes Kapitel.

Der Minderungs-Eid; §. 12 (S. 467).

Achter Abschnitt.

Der Perhorrescenz-Eid.

I. Gesetzliche Begründung; §. 1 (S. 469).

II. Antrag.
1. Angabe des Grundes der Recusation; §. 2 (S. 478).
2. Bescheinigung des Grundes; §. 3 (S. 485).

III. Richterliche Prüfung und Entscheidung auf den Antrag. (Perhorrescenz-Eid.); §. 4 (S. 487).

Neunter Abschnitt.

Der Appellations-Eid; (S. 490.)

Zehnter Abschnitt.

Der Restitutions-Eid; (S. 495.)

Eilfter Abschnitt.

Der Armen-Eid; (S. 502.)

Zwölfter Abschnitt.

Der Zeugen-Eid; (S. 509.)

Dreizehnter Abschnitt.

Der Eid der Sachverständigen; (S. 516.)

Vierzehnter Abschnitt.

Betrachtungen über die Nothwendigkeit der Beibehaltung oder Beschränkung einzelner Gerichtseide und zwar: über den

1. Eid im Allgemeinen; S. 518.
2. Glaubens-Eid; S. 530.
3. Eid in die Seele eines Dritten; S. 535.
4. Ignoranz-Eid; S. 537.
5. Eid des Nichtglaubens; S. 539.
6. Eideszuschiebung; S. 539.
7. Erfüllungs- und Reinigungs-Eid; S. 545.
8. Diffessions-Eid; S. 552.
9. Editions-Eid; S. 554.
10. Manifestations-Eid; S. 557.
11. Schätzungs-Eid; S. 561.
12. Perhorrescenz-Eid; S. 564.
13. Appellations- und Restitutions-Eid; S. 566.
14. Armen-Eid; S. 567.
15. Eid der Zeugen und Sachverständigen; S. 568.

Erster Abschnitt.

Der Ergänzungs-Eid.

§. 1.

I. Einleitung.

Bedenken wider dessen Zulässigkeit wegen der Nichtexistenz unvollständiger Wahrheit, — der Verwechselung des Ergänzungseids mit dem Glaubenseide im gemeinen Leben, — des Verhältnisses des Schwörenden zum Gegenstand des Rechtsstreits (als Zeugen in eigener Sache) ꝛc.

Wie bei der Zuschiebung des Eides der Beweis durch das Gewissen des Gegners von Beweispflichtigen zu führen gesucht wird (Gewissensrührung), so ist es bei dem s. g. Erfüllungseide der letztere selbst, welcher durch seinen Eid in gewisser Weise der ihm auferlegten Beweislast sich entledigen soll. Schon früher [1]) ist auf die Bedenklichkeit der Annahme, daß eine Partei durch ihren eigenen, anerbotenen, Eid den Rechtsstreit zu entscheiden für befugt gehalten werden könne, hingewiesen worden und es ist nicht zu leugnen, daß bei dem in Rede stehenden Eide, wenn auch in dessen rechtlicher Bedeutung nicht nothwendig das Erbieten des Probanten zu solchem enthalten ist, eine ähnliche Gefährdung der Rechtssicherheit des Gegners hervortritt, als bei jenem anerbotenen Eide.

Nach der Natur und dem Zwecke des Suppletorium's soll dadurch ein unvollständiger Beweis vervollständigt, das heißt also mit andern Worten, es soll eine Wahrheit, die es nicht ganz ist, zur unzweifelhaften erhoben werden. Dieß ist aber zunächst schon

---

1) Diese Schrift Abth. II S. 39.

ein Widerspruch in sich. Die Wahrheit läßt sich nicht als eine arithmetische Größe, welche eine Theilung zuließe, auffassen. Man muß hier mit dem Dichter [2]) sagen: „Gibt's etwa hier ein Weniger oder Mehr? Ist deine Wahrheit wie der Sinne Glück, — Nur eine Summe, die man größer, kleiner besitzen kann, und immer doch besitzt? Ist sie nicht eine einz'ge, ungetheilte?"

Will man aber auch auf das Wort Erfüllungs-, richtiger Ergänzungs-Eid nicht allein das Gewicht legen und etwa sagen, es solle durch die Bezeichnung „unvollständiger", z. B. halber Beweis, nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit ausgedrückt werden, so tritt doch alsdann das weitere Bedenken hervor, daß die Partei, welche durch jenen Eid das unvollkommen Dargethane zur Gewißheit, die Wahrscheinlichkeit zur formell anzuerkennenden Wahrheit erheben soll, in die Lage gesetzt wird, den Grad des von ihr selbst beigebrachten Beweises zu prüfen. Freilich hat das Gericht über dieses Maaß insofern bereits sich ausgesprochen, als es nicht ohne Vorhandenseyn des letzteren den in Rede stehenden Eid auferlegen darf, und insofern hat, könnte man sagen, die schwurpflichtige Partei einen sichern Anhaltspunkt für ihre eidliche Versicherung, und aus demselben Grunde ließe sich jene besorgte Gefahr für vermindert erachten. Und gleichwohl wird man dieß letztere nicht annehmen können. Es liegt nämlich diese Gefahr, wenigstens für den Rechtsunkundigen, in der Leichtigkeit einer Verwechselung des Ergänzungseids mit dem Glaubenseide. Die Prüfung der Frage: welchen Einfluß das Vorhandenseyn eines unvollständigen, also namentlich eines halben Beweises, auf die Ueberzeugung des Richters auszuüben habe? wird mithin nicht selten als identisch betrachtet mit der andern: durch welche Momente der Eidespflichtige dazu, dem Glauben und nicht der Wahrheit nach zu schwören, sich veranlaßt finden müsse. Anstatt beim Ergänzungseide von dem Gedanken auszugehen, daß es nur darum sich handle, den in dem vorliegenden Beweismaterial enthaltenen Beweismomenten ein neues selbstständiges, aus eigener Erkenntniß und Wissenschaft geschöpftes, hinzuzufügen, wird vielmehr gar oft

---

2) Schiller, das verschleierte Bild zu Sais.

jener unvollständige Beweis als die alleinige Quelle dieser Wissenschaft, als der vornehmste Anhaltspunkt für die eigene Ueberzeugung betrachtet und darauf gestützt die letztere eidlich erhärtet. Bei einem Eide von solcher Entstehung wird dann in der That nicht sowohl von einer Ergänzung des unvollständigen Beweises, als vielmehr nur von einer Bestärkung des Glaubens die Rede seyn können, dahin also z. B., daß das von dem einen Zeugen Bekundete mit der Wahrheit übereinstimme. Ganz anders verhält es sich hiernach beim Ergänzungseid, als beim Glaubenseide. Dieser, welcher wesentlich den Mangel einer aus eigener Sinnen-Wahrnehmung geschöpften Kenntniß der objectiven Wahrheit eines Umstandes voraussetzt, mag recht wohl für den Glauben an diese Wahrheit auf die Versicherung eines Anderen, etwa eines als völlig glaubwürdig dem Schwörenden bekannten Individuums, z. B. eines Zeugen, sich beziehen, also aus subjectiven Gründen jenen Thatumstand für wahr halten, da es an objectiven fehlt, um dieses Fürwahrhalten zur vollen Ueberzeugung zu steigern [3]).

Außer dem in dieser Gefahr einer Verwechselung des Ergänzungs- und Glaubens-Eides liegenden Grund wider die Unbedenklichkeit des ersteren, ist ein weiterer in dem Verhältniß des Schwörenden zum Gegenstande des Rechtsstreites, in Verbindung mit dem Umstand enthalten, daß hier die bei der Eideszuschiebung vorwaltende Idee einer mit dem Eide vollzogenen Vergleichsabschließung in keinen Betracht kommt. Unter der Voraussetzung eines besonderen, auf die Persönlichkeit des Schwörenden gestützten, Vertrauens, wie solches in Beziehung auf den germanischen Reinigungseid und den Eid der Eideshelfer sich kund gab, und abgesehen von den aus bestimmten, geltenden, Rechtsgrundsätzen entlehnten Bedenken, würde man es für angemessen halten können, auch von dem gerichtsseitig auferlegten Eide des äußerlich rechtschaffenen und unbescholtenen Mannes die Entscheidung eines Rechtsstreites abhängig zu machen, indem man dann davon ausginge, daß wegen jener Eigenschaft sich zu ihm versehen

---

3) Diese Schrift, Abth. II S. 60 fg.

werden dürfe, es werde sein Eid mit derselben übereinstimmen, die durch jene begründete Unterstellung durch letzteren ergänzt und zum vollen Beweis erhoben werden. Und dieser Gesichtspunct blieb denn auch in der Geschichte der römischen Rechtsbildung nicht ganz unberücksichtigt. Ja, es war in älterer Zeit selbst Gebrauch gewesen, etwa unter Anwendung der sponsio »ni vir melior esset,« schon auf die bloße Versicherung einer Partei, z. B. des Klägers, unter Voraussetzung ihrer unzweifelhaften Redlichkeit und Glaubwürdigkeit hin, gerichtlichen Beweis anzunehmen [4]). Aulus Gellius hat in seiner historisch-antiquarischen Collectaneen-Sammlung in dieser Beziehung ein Zeugniß aufbewahrt. Er [5]) war ein Zeitgenosse unter Anderen auch der Juristen Julius Celsus, Festus Posthumius, so wie des Philosophen Favorinus. In das Album judicum eingetragen und zur amtlichen Thätigkeit berufen [6]), befand er sich einst in der Lage, folgenden Fall entscheiden zu sollen: Es klagte Jemand ein Darlehn ein. Der Kläger hatte indessen weder Zeugen noch Urkunden, um die Schuld darzulegen; was er zu dem Ende anführte, bestand nur in schwachen Argumenten [7]). Inzwischen war seine Eigenschaft als »vir ferme bonus, notaeque expertae fidei et vitae inculpatissimae« außer Zweifel, indem er zeither ausgezeichnete Proben strenger Rechtlichkeit gegeben hatte. Der Verklagte andererseits war von allem Diesem das Gegentheil; schlechter Lebenswandel, Treulosigkeit und Betrügereien bezeichneten seinen Charakter. Der Kläger hatte nun auf den Grund dieser

---

4) Als »vir bonus« wird bezeichnet: »qui prodest quibus potest, nocet nemini, nisi lacessitus injuria«, — qui »intelligit, nihil expedire, nec utile esse, quod sit injustum. Hoc qui non didicerit, bonus vir esse non poterit.« Cicero de officiis lib. III cap. 19, init.

5) Geboren unter Trajan, verlebte er seine Jugend unter Adrian, erreichte seine Blüthezeit unter Antoninus Pius, und starb unter Markus Antoninus Philosophus. Sein im Text bezeichnetes, unter dem Titel »Noctes Atticae« (ed. A. Thysii, Lugdun. Batt. 1666) bekanntes, Werk ist während seines Aufenthaltes zu Athen begonnen und wurde bekannt unter Antoninus Pius. Augustinus nennt ihn »virum elegantissimi eloquii et multae ac facundae scientiae.«

6) wie er selbst (l. cit. lib. 14 cap. 2, pag. 757) von sich sagt, als »homo adolescens a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad judicandas lites vocatus«

7) »argumentis admodum exilibus nitebatur.«

verschiedenartigen persönlichen Voraussetzungen es für hart erklärt, daß er auf die sonst gebräuchliche Weise, »expensilatione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione«, die Schuld des Gegners erweisen, und, in Ermangelung dessen, mit der Klage abgewiesen werden solle. Gellius berieth sich mit seinen Collegen; diese aber waren als geschäftsgeübte und gewandte Männer unbedenklich der Meinung, daß der Kläger ohne solchen förmlichen Beweis zurückgewiesen werden müsse. Zu diesem Resultate zu gelangen schien ihm indessen, bei dem entschiedenen Gegensatze der sittlichen Beschaffenheit beider Theile, sehr bedenklich. Unter Aussetzung des Termins, begab er sich daher zu dem Philosophen Favorinus, welchen er damals in Rom fleißig hörte und fragte ihn, nach geschehener Mittheilung des Falles, um Rath. Dieser theilte ihm zunächst im Allgemeinen seine Ansicht über die Pflichten eines Judex mit, billigte aber sodann, was den erwähnten Fall betrifft, den Grund seines Zögerns und Bedenkens bei dessen Entscheidung und rieth ihm schließlich dem Rath des M. Cato zu folgen, welcher in einer für den L. Turius gegen Cn. Gellius gehaltenen Rede bezeugt hatte, es sey in früheren Zeiten in einem Falle der vorliegenden Art, wo weder Zeugen noch Urkunden über ein Rechtsgeschäft vorhanden waren, gebräuchlich gewesen, daß der über den Streit cognoscirende Richter die Frage untersucht habe: »uter ex iis vir melior esset.« Hätte sich die Gleichheit beider Parteien ergeben, dann sey dem Kläger Glauben beigemessen und darnach geurtheilt worden [8]). Im vorliegenden Falle stelle sich nun die Sache anders und zwar günstiger noch für den Kläger und es müsse daher um so mehr, mit Rücksicht auf den Umstand, daß der Kläger »melior« sey, der Verklagte verurtheilt werden [9]). So rieth der Philosoph. Inzwischen ver-

---

8) also »si pares essent, seu boni pariter seu mali.«

9) »Verba ex oratione M. Catonis, cujus commeminit Favorinus, haec sunt: »Atque ego a majoribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent uti testes non interessent, illi unde petitur ei potius credendum esse; nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Turio, Ni. Vir. Melior. Esset. Gellius. Quam. Turius, nemo,

mochte doch Gellius zu dessen Auffassung, mit Rücksicht auf sein Amt als Richter, in dem vorliegenden Falle sich nicht zu erheben und entschied sich daher für das »non liquet« [10]).

In diesem von M. Cato angedeuteten früheren Verfahren mag das Auskunftsmittel bestanden haben, dessen man sich bediente, um den Zweck zu erreichen, welchem später der Erfüllungseid diente, bis, wegen der Unzulänglichkeit jener Procedur, der letztere, dessen Entstehungszeit übrigens schwer zu ermitteln seyn wird [11]), an deren Stelle trat [12]).

Es läßt sich sodann auch noch weiter gegen die Statthaftigkeit dieses Eides geltend machen, daß derselbe mit der Analogie des Rechts nicht im Einklange stehe. Denn es war ein anerkannter Satz geworden, daß Jemand in eigener Sache ein zuverlässiges Zeugniß um deßwillen abzulegen nicht vermöge, weil die Liebe zur Wahrheit im Falle der Collision mit dem eigenen Nutzen und der eigenen Ehre nicht selten unterliegt [13]).

---

opinor, tam insanus esset, qui judicaret meliorem esse Gellium quam Turium. Si non melior est Turio potius oportet credi unde petitur.«

10) »Hoc quidem«, bemerkt er zu seiner Rechtfertigung, »mihi tum Favorinus, ut virum philosophum decuit, suasit; sed majus ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et contemnasse de moribus non de probationibus rei gestae viderer: ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi; et propterea juravi mihi non liquere: atque ita judicato illo solutus sum.« Vergleiche über das Bisherige: Gellius l. c. lib 14 cap. 2, pag. 759—765.

11) Schweppe röm. Rechtsgesch. (2. Aufl. §. 571, S. 827): „Wie früh der vom Richter aufgelegte Eid entstand, läßt sich nicht bestimmen." — Soviel wird man annehmen dürfen, daß zur Zeit des Gajus derselbe bereits in Uebung gewesen sey, wie aus der gleich zu erwähnenden l. 31 D. de jurejur. (12. 2) hervorgeht.

12) Vergl. Wetzell, System d. ordentl. Civilproc. §. 168. — Man hat auch wohl gesagt, daß diese Art, durch den Eid den mangelhaften Beweis zu ergänzen, so lange, als die Republik bestanden, den Römern unbekannt gewesen sey, indem man bis dahin den Grundsatz festgehalten habe: »actore non probante reum absolvi;« später sei der letztere nach Hadrian »fori disciplina labente« eingeführt worden; Malblanc de jurejur. pag. 258 seq.; Hommel rhaps. obs. 650.

13) Cicero pro S. Rosc. (ed Orell.) cap. 36 (p. 51): »Itaque more

Um das, was ein Zeugniß in eigener Sache, wie es gesetzlich verboten wurde [14]), sey, festzusetzen, galt aber die Regel »eam esse propriam causam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet« [15]). Hiermit übereinstimmend war denn auch für den Richter angeordnet, daß er nicht in eigener Sache Recht sprechen solle [16]). Und nicht unähnlich beiden Fällen ist der, wo, wie beim Ergänzungseide, der Partei selbst das eigene Interesse zu erhärten aufgegeben wird. Die Glosse [17]) drückte daher den Grund für den Satz, daß nicht dem Kläger, sondern dem Verklagten, bei gleicher Kenntniß des Sachverhalts und ebenmäßiger Persönlichkeit beider, der Eid aufzulegen sey, so aus: »Item (ut Azo), quia contigeret absurdum; nam cum introduxisset actor unum testem et tunc detur ei juramentum, ergo ipse tenet vicem alterius testis; sicque in re sua testificaretur: quod non esse debet«.

II. Gesetzliche Begründung.

§. 2.

A. Gesetzliche Bestimmungen.

So manche erhebliche Gründe hiernach gegen die Zulässigkeit des Ergänzungseids anzuführen ständen, wenn es um das später

---

majorum comparatum est, ut in minimis rebus homines amplissimi testimonium de sua re non dicerent. Africanus, qui suo cognomine declarat, tertiam partem orbis terrarum se subegisse, tamen, si sua res ageretur, testimonium non diceret. Nam illud in talem virum non audeo dicere: si diceret, non crederetur.«

14) l. 3 pr., l. 10 D. de test. (22. 5); l. 10 C. eod. (4. 20): »Omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem jura submoverunt.«

15) l. 10 D. de test. (22. 5): »Nullus idoneus testis in re sua intelligitur«; l. 1 §. 11 D. quand. appell. (49. 4). Vergl. über die Ausbildung dieses Satzes in der hess. Praxis: N. Samml. Entsch. des O. A. Gerichts zu Cassel, Th. VII. S. 599 fg.

16) l. 17 D. de jud. (3. 1): »iniquum est aliquem suae rei judicem facere«; l. un. C. ne quis in sua caus. jud. (3. 5): »Generali lege decernimus, neminem sibi esse judicem, vel jus sibi dicere debere, in re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae.«

17) »res decidi oportet« ad l. 3 C. reb. cred. (4. 1).

näher zu erwägende Bedenken sich handelte: ob er einzuführen oder abzuschaffen sey? so kann doch an dieser Stelle nur die Frage einer Erörterung unterzogen werden: ob dieser Eid zu Recht bestehe?

Sieht man zunächst von den hier einschlagendeu positiven Normen ab, so möchte man, nach dem, was bereits in dem Bisherigen über die den Eid überhaupt betreffende römische Auffassungsweise erwähnt worden ist, die Ansicht für richtig halten, daß der Ergänzungseid, wie er heutigestags in Uebung ist, den Römern um deswillen habe fremd bleiben müssen, weil der Eid über das im Streit befindliche Recht überhaupt im Ganzen geleistet wurde, die Gründe des Beweises aber regelmäßig auf einzelnen Thatsachen beruhen, sonach die auf die letzteren gestützten speciellen richterlichen Ueberzeugungsgründe durch den allgemein lautenden Eid keine Verstärkung erhalten. Am einfachsten erscheint es die Sache sich so zu denken, daß der Richter alle Gründe, welche für den Anspruch des Klägers und die Entbindung des Verklagten von der Klage bestanden, erwog und dann dem einen oder andern Theile, dem Kläger oder Verklagten, den Eid auferlegte, vorausgesetzt, daß dazu die geeignete Veranlassung vorlag.

Da nun aber einmal der Ergänzungseid und die erwähnte juristische-Terminologie überhaupt vorhanden ist, so ist hier der Ort, genauer darauf einzugehen. Dieß führt zu der näheren Betrachtung zweier Stellen des römischen Rechtes hin, deren Inhalt besonders seit dem 16. Jahrhundert der Gegenstand verschiedenartiger Auffassung gewesen ist. Der Streit bewegt sich aber vornämlich um die Frage: Ob der Ergänzungseid in den Gesetzen begründet und im bejahenden Falle, welches seine Voraussetzungen seyen? Ist dazu genügend, daß ein unvollständiger, ein s. g. halber, Beweis erbracht sey, um solchen aufzulegen? oder findet derselbe nur dann Statt, wenn von beiden Theilen ein seiner Vollständigkeit nach gleich zu schätzender Beweis geführt worden ist und nun der Richter zweifelhaft darüber, welche Wirkung er diesem Zusammentreffen der Beweise beilegen soll, zum Ergänzungseide, als einzigem Auskunftsmittel, sich wendet?

Um die einzelnen erheblichen Unterscheidungen näher hervor-

zuheben, scheint schon hier wenigstens deren allgemeine Angabe von Interesse. Es treten hier folgende Hauptfälle ein:

I. Es hat nämlich entweder der Kläger allein vollständig bewiesen; alsdann wird der Verklagte verurtheilt. Oder er hat nichts bewiesen. Hier wird derselbe mit der Klage abgewiesen, der Verklagte also von solcher entbunden [18]).

II. So einfach diese Fälle sind, um so viel zweifelhafter erscheinen dagegen die verschiedenen, hier weiter denkbaren Fälle vollständiger oder mangelhafter Führung des Beweises Seitens beider Theile oder des einen oder andern Theils. Sie können hier nur angedeutet werden, da die deshalbige Erörterung der weiteren Ausführung vorbehalten bleiben muß. Es sind nämlich: 1. der Fall, wo der Kläger und der Verklagte vollständig ihren Beweis geführt haben; 2. wo der Kläger halb bewies, der Verklagte aber nicht; 3. der, wo beide Theile halb; und 4. der, wo der Kläger vollständig, der Verklagte aber nur halb bewies.

Was nun die erwähnten beiden Gesetzstellen betrifft, so ist die erste, welche hier in Betracht kommt: l. 31 D. de jurejur. (12. 2), die einzige in diesem Titel, in welcher von einem durch den Richter auferlegten Eid die Rede ist.

Zu deren Verständniß ist zu bemerken: Es hatten der Prätor und Proconsul edicirt: »re semel judicata, de eadem re et ex eadem causa convento, se rei judicatae exceptionem daturos.« In Beziehung hierauf war die Frage entstanden: ob durch dieß Edict alsdann, wenn in Folge einer Eidesleistung die Sache entschieden werde, solche gleichwohl, bei Auffindung neuer Urkunden und dadurch bewiesenen Meineids, von Neuem verhandelt werden könne? Es kam hierbei wesentlich auf die rechtliche Beschaffenheit des Eides, welcher gerade abgeleistet wurde, an. Bei der vergleichs- und judicatähnlichen Natur des deferirten Eides konnte begreiflich von einem solchen neuen Verfahren nicht die Rede seyn; anders verhält es sich dagegen, wenn der Richter den Eid

18) l. 4 C. de edendo (2. 1): »Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit«; l. 9 C. de oblig. et act. (4. 10); c. ult. X. de jurejur. (2. 36): »Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, et si nihil praestiterit obtinere«.

auferlegte [19]). Dieses ist es denn, was durch die aus den Commentaren des Gajus zum Edictum provinciale entlehnte Stelle angedeutet wird, wenn darin gesagt wird:

»Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit, sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a judice aliquis absolutus fuerit.«

Mit diesen Worten bezeichnet also Gajus den Fall, wo es sich von einem richterlichen, oder nothwendigen Eid, im Gegensatz des deferirten handelt und bemerkt, daß hier ein ex integro agere zulässig seyn soll.« Und dieser Ausspruch gibt ihm zu dem weiteren Veranlassung: »solent enim saepe judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit.«

Diese Worte stehen offenbar in Verbindung mit dem vorausgegangenen Hauptsatze und handeln daher ebenwohl, wie dieser, nur von dem richterlichen Eide.

Im Gegensatz zum letzteren schließt dann die ganze Stelle mit dem die bisherige Unterscheidung zwischen richterlichen und deferirten Eid rechtfertigenden Worte:

»Quodsi alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.«

Während nun also vornämlich die in dieser Stelle vorkommenden Ausdrücke »in dubiis causis« und »solent« zur Erforschung des wahren Sinnes desselben nöthigte, — waren an einem andern Orte neue Bedenken angeregt. Es ist das die von Diocletian und Maximian herrührende l. 3 C. de reb. cred. et jurejur. (4. 1):

»In bonae fidei contractibus, nec non (etiam) in caeteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.«

---

19) Die Glosse zu dieser Stelle wirft in dieser Beziehung die Frage auf: »Sed quare diversum?« und löst sie mit der »Resp. quia religio tantum est circumventa, sed quando judex defert, tunc religio et judex circumvenitur, cum quo non ita mite agitur ut cum deo.«

Was unter den »dubiis causis« und der »inopia probationum« einerseits zu verstehen, wie sodann andererseits das »solent“ mit dem »oportet« in beiden Stellen zu vereinigen sey und worin endlich die in der letzteren erwähnte »causae cognitio« zu bestehen habe? das sind die Fragen, welche die Ausleger, vornämlich aber erst seit dem 16. Jahrhundert, für und wider lebhaft erörtert haben; bei deren Lösung man allerdings in besonderem Grade der Nothwendigkeit der Auslegung der Gesetze nicht blos »ex verbis«, sondern auch »ex legum sententia« [20]) sich wird bewußt bleiben müssen.

B. Geschichte der Lehrmeinungen.

§. 3.

Lehre der Glossatoren und späterer Juristen, insbesondere rücksichtlich des s. g. halben Beweises.

Die gewöhnliche Weise der Auslegung bis auf Duaren war folgende: Die causa deferendi, welche der Richter haben muß, sagte man seit der Glosse, ist der Mangel an Beweisen (inopia probationum, l. 3 C. de reb. cred.), wenn nämlich die Sache zweifelhaft (causa dubia, l. 31 cit.) ist. Inzwischen kann doch der Richter nicht wegen jedes solchen Mangels auf diesen Eid kommen; weil, wenn wie oben erwähnt, der Kläger nichts bewiesen hat, der Verklagte von der Klage zu entbinden ist; vielmehr muß der Mangel ein solcher seyn, welcher die causa zur dubia macht. Die Begriffsbestimmung, welche nun die Glosse (»in dubiis«) von jenem Ausdruck enthält und welche dahin ging: »dubia causa est cum judici non liquet, ac eo redactus est propter pravitatem probationis forte, ut haesitet in utrum partem propendere et inclinare debeat, quo casu sine injuria cujusquam judex potest jusjurandum deferre, sed maxime reo, cujus favorabilior causa est, quam actoris«, — war zwar wenig bestimmt und machte durch die Substituirung des Worts »pravitas« die Sache nicht deutlicher; inzwischen wurde doch dieß

20) l. 6 §. 1 D. de verb. sign. (50. 16).

durch die hinzugefügten Beispiele erreicht. In der Glosse[21]) wurde nämlich in Beziehung auf den in Rede stehenden Eid überhaupt unterschieden: Entweder der Kläger hat rücksichtlich seiner Intention nichts bewiesen, alsdann wird der Verklagte von der Klage entbunden, auch ohne Eid, mit Ausnahme jedoch der Fälle, in welchen gesetzlich dem Verklagten der Eid auferlegt wird »ad purgationem sui«[22]); oder der Kläger hat vollständig bewiesen, dann wird der Verklagte verurtheilt. »Si vero semiplene«, heißt es weiter, »defertur sacramentum actori etc.«[23]) Als Fälle, in denen ein solcher halber Beweis eintrete, werden angeführt: der, wo eine scriptura domestica vorliegt, welche nicht an sich, sondern nur in Verbindung mit andern beweisend ist und daher so nur halb beweist[24]); Schriftvergleichung, welche nicht vollen Glauben erzeugt, sondern nur eine »qualisqualis fides«[25]); Flucht des Verklagten, welcher an dem Ort, wo er sein Amt bekleidete, dem Kläger vor Gericht folgen mußte[26]); ein Zeuge, »qui novit veritatem rei,« »maxime«, wurde jedoch hinzugefügt, »si res petita est modica et actor est honestus«[27]). Von diesem einen Zeugen wurde gesagt, daß durch solchen eine Vermuthung erzeugt werde (»inducere praesumtionem«)[28]), wofür als Grund galt: »si duo faciunt plenam probationem: ergo unus simiplenam«[29]).

---

21) Gl. »exacto jurejurando« ad leg. 31 D. de jurejur. cit.

22) Hierbei wurde sich bezogen auf C. de his qui ad eccl. conf.; l. praesenti §. sicubi, — C. de fide instr., l. fin; C. de jur. delib. l. fin. §. licentia; Auth. de fi. instr. §. si tamen quisquam.

23) So stellt Tancredus (a. 1214) ord. judic. P. 3 tit. 5 §. 6 (ed. Bergm. Gött. 1842) p. 221 diesen Eid unter den Beweis durch Eidesdelation und läßt ihn den Richter auflegen: »puta quia semiplene probavit.«

24) C. de prob. l. instrum.

25) auth. de fid. instr. §. si vero omnes moriantur et §. si vero nullus, colla. vj.

26) auth. de colla. §. super hoc et §. si quis autem, et arg. j. de re mili. l. non omnes §. fin.

27) arg. j. de legi. tu. l. legitimus §. j. et ut in praealleg. legib. continetur.

28) j. de do. praele. l. Theopompus et j. quemadm. test. apc. l. j. §. si unus et supra cod. si duo patroni in fin. j. respon.

29) Pillius de ord. judicior. P. 3 §. 6 n. 14 (ed. Bergman. Gött.

Außer der durch einen Zeugen begründeten Vermuthung kamen denn auch die in anderer Weise entstandenen Präsumtionen in der vorliegenden Hinsicht in Betracht. Es wurde überhaupt der Satz vertheidigt »si pro actore praesumeretur, tunc quasi probaret« und alsdann müsse der Verklagte verurtheilt werden, es sey denn, daß er das Gegentheil darthue. Man nahm aber in dieser Hinsicht eine doppelte Art dieser Beweisführung an: »per praesumtionem et per religionem«. Während, was jene betrifft, wiederum manchfach unterschieden wurde, was unter dem quasi probare zu verstehen sey [30]; wurde unter dem

---

1842) p. 56: »Item si pro actore sit aliqua praesumtio saltem exilis, non probat, sed quasi probat; puta, quia unum testem tantum pro se induxit, defertur ei sacramentum a judice propter talem praesumtionem; nam unus testis maximam inducit praesumtionem ut l. 14 D. de dot. prael. 33. 4, arg. l 13 D. de jurejur. 12. 2; l. 1 D. quemadmod. test. aper. 29, 3; licet quidam velint dicere in contrarium, arg. l. 20 D. de quaest. 48. 18; sed ibi unus testis non inducit praesumtionem, quia ancilla fuit prius torta, quam testis induceretur, et non incipiendum erat a tormentis; nam tunc pervenitur ad quaestionem, si opus est, cum aliqua praesumtio judicem instruit, ut l. 1 pr. §. 1 D. de quaest. 48. 18 vel aliter: ideo ibi contingit, quoniam testimonium liberti erat suspiciosum.« Inzwischen beschränkte doch der genannte Jurist den Satz, daß die Aussage eines einzigen Zeugen eine bedeutende Vermuthung begründe, indem er unterschied zwischen eigenem und fremdem Geschäfte; in jenem Fall, lehrte er, sey ein solches Zeugniß zur Auflegung des Erfüllungseides geeignet; anders in diesem »quia iniquum est aliquem de alieno facto jurare, ut l. 11 §. 1, 2 D. rer. amot. (25. 2). Er erwähnt dabei des von Anderen gemachten Unterschiedes: ob nämlich das Zeugniß des einzigen Zeugen »fama publica vel alio adminiculo« unterstützt werde, oder nicht. Im ersten Falle sey danach der eine Zeuge mit der Wirkung eine zur Auflegung des Erfüllungseides anreichende Vermuthung zu begründen, bis zum Beweis des Gegentheils zuzulassen (l. 58 §. ult. D. de redhib. 21. 1; arg. cap. 24 in Decretis Di. 86). In Ermangelung des Einen oder Andern solle dagegen weder das Zeugniß des einen Zeugen zugelassen, noch eine Präsumtion begründet seyn. »Sed hanc ultimam distinctionem,« bemerkt Pillius schließlich, »non multum approbat.«

30) Pillius l. cit. n. 14. p. 56: »Per praesumtionem, alias ratione naturae, vel pietatis, alias ex facto: — ratione naturae, puta filius, cum agit de inofficioso testamento, non probat se non fuisse ingratum, quia pro eo praesumitur; sed heres scriptus hoc debet probare; — item ratione pietatis cum pater petit filium, dicens eum esse in sua po-

letzteren der Fall verstanden, in welchem der Kläger, wenn er nicht vollständig, sondern nur mangelhaft bewiesen, nur eine Präsumtio für sich dargelegt habe, („si quasi probet«,) den Eid leisten solle [30a])

Nicht blos dem Kläger, sondern auch dem Verklagten sollte aber unter geeigneten Voraussetzungen, nach der sittlichen Beschaffenheit der Parteien und den Werth des Streitobjectes [31]), der Ergänzungseid auferlegt werden. Es wurden dahin vor Allem die Fälle gerechnet, in welchen der Kläger das wahre Sachverhältniß nicht kennt (»non noverit veritatem«). Auf diese Kenntniß soll vor Allem gesehen werden: »debet ergo judex inspicere, an sciat veritatem, an non, qui vult jurare, ut eum qui nesciat, jurare non faciat« [32]); die Abwesenheit bei dem zu erhärtenden Factum darf sonach durch Wissenschaft auf den Grund eines bloßen Gerüchts nicht ersetzt, in solchem Falle also der Eid nicht auferlegt werden. Versicherten beide Theile die Wahrheit zu wissen, so war, nach Hugolinus, dem Kläger, nach Anderen, wie Azo, dem Ver-

---

testate, filius debet se probare emancipatum ut l. 8 D. de prob. (22. 3); — ex facto, quia praesumitur actor quasi probasset, si probet se retro possedisse; — item si est talis praesumtio cui lex stat, quasi probat actor, et obtinebit, nisi reus in contrarium probaverit; licet quidam dicant, quod actor tunc directo probat.«

30a) Pillius, l. cit.: »Per religionem obtinet actor, si non probet, sed quasi probet, ut si jurat, vel ei sacramentum a reo remittitur —.«

31) Gloss. »res decidi oportet« ad l. 3 C. de reb. cred. (4. 1): »Item inspiciat« (sc. judex) »personam actoris et rei, secundum Azo. si sit alias honesta, vel non. Item personam testis inducti; arg. ff. de test. l. iij. ibi, tu magis etc.; auth. de test. §. j. coll. vij. — Die Beschaffenheit des Streitobjects wurde nach seinem Umfang, »an modica sit causa an magna«, was aus der »qualitas personarum et regionis more« zu ersehen sey, bestimmt und in dieser doppelten Beziehung der Rath ertheilt: »et sic pro qualitate personarum vel actoris vel rei et testium deferam sacramentum huic vel alii, vel nulli: in casibus tamen actori tantum defertur in odium rei.«

32) Gl. »decidi oportet« ad l. 3 C. de rebus cred. (4. 1); ff. e. l. jusjurandum et ad pecunias ij. respo. et ff. re. amo. l. Marcellus §. qui rerum et j. de indic. vidu. tollend. l. ij.

klagten, unter der Voraussetzung, daß er »aequalis honestatis« wie jener war, der Eid aufzuerlegen [33]).

Nach diesen der Glosse entlehnten Sätzen werden verschiedene Puncte, welche für die spätere Entwickelung der Lehre vom Erfüllungseide von Wichtigkeit sind, angedeutet. Es wird zunächst sehr bestimmt von einem halben Beweis geredet und seine Grundlage in der Zulässigkeit einer mathematischen Theilung der Beweismittel, insofern vom Zeugenbeweis die Rede ist, anerkannt; es wird sodann die Existenz eines halben Beweises durch einen Zeugen von der Begründung einer Vermuthung (praesumtio) durch solchen abhängig gemacht; ferner die Bezeugung der Wahrheit durch jenen erfordert und weiter werden, außer dem lebendigen Zeugniß, noch sonstige Beweismittel beziehungsweise Argumente angeführt, auf welche hin der Beweis für halb geführt soll betrachtet werden können; endlich aber wird auf die Beschaffenheit der Streittheile und den Werth des Streitgegenstandes als auf Momente Gewicht gelegt, welche die Wahl des einen oder andern Theils als Schwurpflichtigen bestimmen sollte. Bei Allem dem hielten aber doch die Commentatoren des römischen Rechts noch die weitere Beschränkung hinzuzufügen für nöthig: es dürfe, selbst in causis non magnis nec arduis, ein solcher Eid, etiam stante semiplena probatione, nicht auferlegt werden, wenn irgend wahrscheinlich gemacht werden könne, daß andere Beweismittel noch vorhanden seyen [34]), so daß man den Satz aufstellte, es könne diesem Eid nicht anders Glauben beigemessen werden, »nisi in defectum aliarum probationum«.

---

33) ff. eo. l. admon. et j. eo. l. cum etiam. Cf. Gloss. »res decidi oportet« ad l. 3 C. de reb. cred.

34) Bartol. in l. 31 D. de jurejur. in 13 colum. in vers. Item hoc intelligo verum; Bald. in l. 31, in l. 3 C. de reb. cred.; Hippol. de Marsil. singul. 461 (p. 713): »Sed scias tu quod tale juramentum in supplementum probationis non defertur etiam stante semiplena probatione, quando verisimiliter debet posse inveniri plures testes illius rei.«

§. 4.

Grundsätze des canonischen Rechts.

Das canonische Recht erkannte ebenwohl, namentlich mit dieser letztern Beschränkung, wie die Zulässigkeit des vom Richter auferlegten Eides überhaupt, also insonderheit auch die des Ergänzungseides an, indem der Papst Alexander III. bestimmte, daß der Eid vom Richter nur in Ermangelung anderer „legitimae probationes“ auferlegt werden solle [35]; daneben bestimmte denn ferner Gregor IX., im Gegensatz zu dem deferirten Eid, als Regel das Verbot der Verweigerung und Zurückschiebung des vom Richter auferlegten Eides [36].

In beinahe wörtlicher Uebereinstimmung mit der Lehre der Glosse wurden denn auch später, insonderheit von Guil. Durantis (magister practicae, speculator) [37]) jene Ansichten verbreitet und als die spätere Meinung begründet.

§. 5.

Bestreitung der rechtlichen Begründung des Ergänzungseids durch Duaren, Corasius, H. Donellus und spätere Juristen, mit Verwerfung des halben Beweises.

Im Gegensatz zu der im Bisherigen erwähnten, bis dahin herrschend gewesenen, Lehre, daß auf s. g. halben Beweis der Er-

---

35) c. 2 X. de prob. (2. 19): »Sicut consuetudo laudabilis: Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut quum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis aut testibus, ei sacramentum nihilominus deferatur: quod si subire noluerit, fides probationibus non habetur. Nos (cum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum, cum aliae legitimae deesse noscuntur) talem consuetudinem reprobamus.«

36) c. 36 X. de jurejur. (2. 24): »Juramentum a te parti delatum, nisi justa de causa non potuit recusari. Quamvis, quod in judicio a parte parti defertur, recusari possit licite, ac referri.«

37) geb. 1237, Bischof v. Mende, † 1296; specul. juris (ed. 1494) Part. II lib. 2 p. 234.

füllungseid auferlegt werden könne, trat nun Duaren [38]), wiewohl er die erwähnte Stelle von Gajus (l. 31 D. de jurejur.) für einen »locus perobscurus« erklärte, und zwar, wie er selbst hervorhebt, zuerst [39]) mit der Thesis auf: »Ob semiplenam probationem jusjurandum non deferri, contra receptam opinionem«. Er habe, bemerkt er zunächst, nie von der gegentheiligen Ansicht sich überzeugen können. Denn, wenn man dem Kläger wegen Führung eines halben Beweises den Eid auferlegen wolle, so sey dieß für den Verklagten rechtsverletzend und unbillig, indem, wenn jener nicht seine Intention vollständig dargethan habe, der Verklagte von der Klage entbunden werden müsse. Dem Verklagten den Eid schwören zu lassen, weil der Beweis des Klägers nicht vollständig geführt sey, gebe zwar ersterem keinen Grund zur Beschwerde; wenn er aber den Eid geleistet habe und von der Klage entbunden worden sey, könne der Eid auf den Grund neu aufgefundener Urkunden nicht wirkungslos gemacht werden, weil er auch ohne den Eid von der Klage hätte losgesprochen werden müssen. Eine »dubia causa« scheine vielmehr dem Gajus nur alsdann vorgelegen zu haben »cum judici non liquet (absolute) et eo redactus est propter paritatem probationis forte, ut haesitet in utram partem propendere et inclinare debeat« [40]) und wenn nicht, wie er an einem andern Orte [41]) hinzufügt, »facile discerni possit, utrius probatio melior an certior sit« [42]). Nur in einem solchen, nicht aber auch in dem Falle lasse sich von einer Zweifelhaftigkeit und Ungewißheit reden, wenn der Kläger nur einen Zeugen habe, oder in sonstiger Weise es an einem genügenden Beweise mangele, indem alsdann ohne Weiteres die Entbindung des Verklagten von der Klage erkannt werden müsse. Diese Auffassung soll denn auch, nach einer weiteren Be-

---

38) geb. 1509 in Bretagne.

39) Duaren. disput. annivers. lib. II cap. 33 (Oper. omn. Francof. 1592) pag. 1071: »Haec est nostra de perobscuro illo Caji loco sententia, quem a nemini adhuc eorum, qui scripta sua ediderunt, satis explicatum animadverti.«

40) Duaren. l. cit.

41) Tit. II de jurejur. cap. 30 (Oper. 214 a.).

42) l. si duo D. uti possid.

hauptung (a. a. O.) nicht blos aus in der Sache selbst gelegenen Gründen und wegen der Billigkeit sich empfehlen, sondern auch durch den »usus forensis« und die »consuetudo« ihre Bestätigung erfahren haben. Duaren sucht sodann den aus der l. 3 C. de reb. cred. entnommenen, der gegentheiligen Ansicht zur Unterstützung gereichenden, Grund, daß nämlich hier ausdrücklich von einer »inopia probationum« die Rede sey, mit der Bemerkung zu beseitigen: »Sed respondeo in ambigua oratione accipiendam esse eam interpretationem, quae vitio caret. Alioqui dicemus jusjurandum deferri cum actor ne unum quidem testem habet, quia tunc maxime inops est probationum«; und folgert dann schließlich: »Verius est igitur interpretationem petendam esse ex Cajo, cum probationum copia non suppetente recte et vere dicatur dubia causa esse«; — wobei er jedoch nicht verhehlt, daß das, was unter der letzteren zu verstehen sey, im Allgemeinen sich nicht bestimmen lasse, vielmehr dem richterlichen Ermessen zu beurtheilen überlassen bleiben müsse.

Auch ein Zeitgenosse Duarens, Johann Coras (Corasius [43]) trat als Vertheidiger dieser Lehre desselben auf [44]). Wichtiger, als die Ausstellung an der gemeinen Lehre vom halben Beweise, daß die Gesetze keine solche Bezeichnung enthielten, — die schon durch die vorzugsweise Beachtung der „legum sententia“ sich beseitigt, — ist die Folgerung, die er aus der Einheit und Unzertrennlichkeit der Aussage zweier vollständig beweisender Zeugen ableitete, indem er insbesondere hervorhob: „quod probationis forma sit, ut per unam vocem plurium testium minimum duorum fiat (l. 9. C. de test. 4. 20). Illa autem, quae formam ex numero certam habeant, individua sunt, adeo ut, sublata parte numeri, quod superest, corruat“. Sodann machte er noch geltend, daß die Zulassung des halben Beweises, z. B. bei einem Zeugen, dieser im Erfolge eigentlich allein vollständig beweise, da der Ergänzungseid der betreffenden Partei nie

43) geb. um 1513; Professor in Toulouse; Anhänger der Hugenotten, † nach der Bluthochzeit.

44) in postl. ad l. 31 D. de jurejur.

ausbleiben werde. Freilich ist hierbei übersehen, daß nicht allen Streittheilen und nicht in jeder Sache jener Eid zugelassen wird und daß eben daraus, daß man denselben noch erfordert, hervorgeht, wie der Zeuge keineswegs als vollständig beweisend erachtet wird.

Nicht lange darauf war es Hugo Donellus [45]), welcher, in dankbarer Anerkennung des hohen Verdienstes Duarens, seines Vorgängers, um die richtige Lösung dieser Streitfrage [46]), zur näheren Begründung derselben sehr wesentliche Beiträge lieferte. Er wieß darauf hin, daß es sich bei der Auferlegung dieses nothwendigen Eides um drei Voraussetzungen handle: Existenz einer inopia probationum, daß dieselbe in dubiis causis stattfinde und daß der Auflegung eine causae cognitio vorausgegangen sey [47]).

Unter der inopia probationum ist nach seiner Ansicht nur der Fall zu begreifen, »si is, qui probare debet, nihil idoneum adferat, quo iudex ex fide eorum, quae probantur, secundum eum iudicare debeat.« Nicht jede solche inopia genügt aber [48]). Wenn, bemerkt er, von den einer entgegengesetzten Ansicht zugethanen Interpreten neben dem Dilemma: entweder der Kläger beweist und alsdann siegt er ohne Eid und der Verklagte wird verurtheilt [49]); oder er beweist nicht, alsdann wird der letztere ohne Eid von der Klage entbunden [50]), ein dritter Fall, der nämlich gesetzt werde, daß, wenn der Kläger nicht vollständig beweise, er »neque nihil, sed semiplene« beweise, so sey dieser Satz unrichtig, weil der, welcher nicht vollständig beweise, in der That eben so wenig beweise, wie der, welcher gar nichts dargethan habe [51]). Bei dieser Auffassung wird überhaupt geltend gemacht,

---

45) geb. 1523 od. 1527 zu Chalons, starb 1591 zu Altdorf.

46) H. Donelli comment. de jure civ. (ed. Bucher. Norimb. 1832) Vol. XIV lib. 24 cap. 19 §. 6 not. m (p. 248): »Id primus cum viderit et docuerit Fr. Duarenus, cujus exstat de hac re interpretatio libr. II disput. annivers. cap. 33 magnam illi ingeniosae et verae commentationis, ut et aliarum infinitarum, laudem et gratiam debere arbitror.«

47) Donell. l. cit. §. 3 (p. 238).

48) Eod. §. 3 (p. 239).

49) l. 9 C. de obl. et act. (4. 10).

50) l. 4 C. de edendo (2. 1).

51) Donell. l. cit. §. 4, 5 (p. 243): »Quid est enim probare? non

daß was dem Rechte nach unvollständig vollzogen sey, auch als nicht geschehen erachtet werde, und also dem Rechte nach eben so wenig bestehe, als wenn überhaupt nichts geschehen sey. Gleich wie also durch Errichtung eines unvollständigen Testaments, der Eingehung einer eben solchen Stipulation zu Recht nicht beständige Geschäfte eingegangen sind [52]), besteht darnach auch zwischen dem Beweisführer, welcher einen und dem, welcher keinen Zeugen, überhaupt zwischen dem, welcher Einiges aber Ungenügendes und dem, welcher gar nichts zum Beweise beigebracht hat, kein Unterschied. Der Ausdruck »semi plena probatio« ist denn auch, wie Donell besonders hervorhebt, den Interpreten eine »vox, quam, dum se difficultate hujus loci expedire conantur, excogitarunt, re non minus veteribus ignota, quam verbum apud eos est inauditum« [53]); dessen Bedeutung selbst aber »inutilis et iniqua«, da sie neuen Stoff zu Streitigkeiten enthalte, indem, wenn man auf solchen unvollständigen Beweis den Eid stützen wollte, alsdann der beweisführende Theil, auch wenn er nur ein »levissimum« für sich anzuführen vermocht hätte, solches gleichwohl als einen halben Beweis begründend darstellen, der Gegner aber dieß bestreiten und dadurch neuer Streit entstehen würde. »Eadem sententia semel recepta, magna fenestra aperta est malis et imperitis judicibus pro libidine pro hoc aut illo pronuntiandi. Quidquid enim pro alterutro allatum erit; semper judici color paratus est ad jusjurandum illi deferendum, dum dicet eum semiplene probasse, qui revera nihil idoneum attulerit, facileque ei erit, in spinosa illa et perplexa quaestione de semiplena probatione latebram sententiae invenire.« Beson-

---

quidvis dicere aut facere, ut probes; sed legitimis et jure proditis modis fidem facere«; l. 4, 12 C. de prob. (4. 19), l. 15 C. de jure dot. 5. 12: »— Quidquid enim jure fieri debet, si id ita factum non est, ut jus praescribit, quantumvis aliquid feceris, quia vitiose factum est et contra jus, ubique pro nullo, proque infecto habetur,« l. 5. C. de leg. (1. 14).

52) l. 23, 25 D. qui testam. fac. poss. (28. 1); l. 21 §. 1 C. de testam. (6. 23); l. 115 pr. D. de V. O. (45. 1); »imperfecta transactio«, l. 65 §. 1 D. de condict. ind. (12. 6); »imp. emtio«, l. 9. pr. D. de contr. emt. (18. 1).

53) Ibid. p. 245.

ders hart erscheint diese Eidesauflage für den Verklagten. Der Kläger wird meistens derjenige seyn, welcher solche veranlaßt; ihm wird es nicht schwer fallen, einen geeigneten Zeugen wenigstens aufzutreiben und also seine Zulassung zum Erfüllungseid auszuwirken. Bedenkt man nun aber, daß der Verklagte verlangen kann, nur auf genügenden Beweis verurtheilt zu werden, in solchem Falle aber kein zulänglicher vorliegt, da ein einziger Zeuge gar nicht einmal gehört werden soll, der Eid gegen den Willen des Gegners unmöglich für ein geeignetes weiteres Zeugniß gelten kann [54]), so muß man sagen, daß der Gegner des Schwörenden mit Unrecht benachtheiligt (»manifesta injuria officiatur«), und damit, daß er nun auf einem Umwege durch einen einzigen Zeugen obsiegt, gegen die Grundsätze des Civilrechts verfahren wird [55]).

Hiernach ist denn also die Ansicht sowohl Donells als Duarens ꝛc. über die Voraussetzungen einer »inopia probationum« die, daß sie eintrete, wenn eine »paritas« der Beweise vorliegt, so daß man annehmen kann, es werde der eine Beweis durch den andern ausgeschlossen. Wenn also z. B. der Kläger durch Zeugen vollständig beweist, daß er dem Titius zu Rom am 1. Januar 100 als Darlehn gegeben, Titius aber durch eben soviel geeignete Zeugen darthut, daß er an diesem Tage an einem andern Orte sich befunden habe, so liegt alsdann ein solcher Fall der inopia vor, für welchen das Gesetz bestimmt, der Richter solle nach vorgängiger Prüfung die Sache durch einen Eid entscheiden. Erhellt aber dieser Sinn des Worts »inopia« aus der Bedeutung, welche ihm beiwohnt, und läßt sich annehmen, daß diese unter Diocletian und Maximian (seit 285) erlassene Bestimmung unter jenem Ausdruck nichts Anderes verstanden habe, als Gajus, der [56]) in der Mitte des 2. Jahrhunderts lebte, unter den »dubiis causis«

---

54) »est enim domesticum, cujus fides omni jure improbatur«, l. 3 D. de test. (4. 20). Donell. l. cit. p. 247.

55) »Non enim difficile erit actori, reperire unum testem in specie idoneum, quo producto impetret, ut sibi jusjurandum deferatur, sic deinde pro ipso judicetur. Quod si fit, aperte fraus fit juri civili; dum, qui eo jure recte vincere non poterat uno teste; obliqua via consequitur, ut vincat.« Donell. l. c. p. 246.

56) nach Hugo Rechtsgesch. (9. Aufl.) S. 726.

begriff, so kommt es dann auf die Bedeutung des letzteren Ausdrucks an. Dieses Adjectiv wurde nun aber, dem Sprachgebrauche zufolge, gerade in solchen Fällen angewandt, wo ein Zweifel, ein dubium und damit die »inopia« aus der »copia« entsteht, die Bedeutendheit der Beweise von verschiedenen Seiten also dergestalt das Urtheil erschwert, daß auf beiden Seiten gleich viel Momente vorliegen, und weder nach der einen, noch nach der andern Richtung überwiegend einwirken. Zunächst ist der vulgäre Sprachgebrauch erheblich. So wird bei Terentius [57]) und Horatius [58]) von einer »coena dubia« geredet, wobei der erstere die Frage nach ihrer Bedeutung mit dem Worte »Ubi tu dubites, quid sumas potissimum« beantwortet. In ähnlichem Sinne wird denn auch der Worte »copia« und »inopia« von Appulejus in der Erzählung von der Psyche und dem Cupido gebraucht [59]), dergestalt, daß jene, in der Betrachtung der Anmuth des letzteren versunken, nicht weiß, wohin sie vornämlich ihre Blicke richten soll, immitten des Ueberflusses von Einzelnheiten der Beobachtung, wegen Verwirrung ihrer Sinne und Unentschlossenheit im Willen, eine »inopia« empfindet. Auch Ovid hat ein Wort über diese Trübung und Unsicherheit des Urtheils in Folge des Ueberflusses von Material zu solchem [60]). Endlich wird bei Plau-

---

57) in Phormione (ed. Stallbaum) act. II v. 28 seq.; Andriae, Act. I. scen. 5 v. 31: »Dum in dubio est animus, paulo momento huc illuc impellitur.«

58) II. Satir. 2 v. 74: »At simul assis miscueris elixa, simul conchylia turdis« —; v. 76: »Vides, ut pallidus omnis coena desurgat dubia.«

59) Metamorph. (ed. F. Oudendorp et Ruhnken) lib. 5 (p. 369): »conscio lumine vultus ejus adspexi; video mirum divinumque prorsus spectaculum: ipsum illum Deae Veneris filium, ipsum, inquam, Cupidinem, leni quiete sopitum. Ac dum tanti boni spectaculo percita, et nimia voluptatis copia turbata, fruendi laborarem inopia, casu scilicet pessimo lucerna fervens oleum rebullivit in ejus humerum.«

60) Fastor. (ed. Gierig) lib. V, v. 1 seq.:

»Quaeritis, unde putem Majo data nomina mensi?
Non satis est liquido cognita caussa mihi.
Ut stat, et incertus qua sit sibi nescit eundum,
Cum videt ex omni parte viator iter;

tus [61]) »turbata« entgegengesetzt denjenigen Umständen, »quae liquent«; wo dann dieß letztere die sind, welche vollständig bewiesen erscheinen; — und bei andern Schriftstellern endlich der Zweifel mit zwei Wegen, rücksichtlich deren man nicht weiß, welchen man einschlagen soll, verglichen [62]).

Nicht weniger bietet die juristische Sprache und Auffassungsweise in Beziehung auf die Bedeutung einer »dubia causa« Anhaltspunkte für die bisherige Annahme dar. Wie schon von Scävola erzählt wird [63]), daß solcher, als er einst als Zeuge einem Verklagten gegenüber gestellt worden sey, darauf aufmerksam gemacht habe, man dürfe erst alsdann seiner Aussage Glauben beimessen, wenn auch andre Zeugen solche bestätigten, indem es ein schlechtes Beispiel seyn würde, wenn der Richter nur einem einzigen Zeugen Glauben schenken wolle; — so wurde es als eine »inopia«, insbesondere als ein die Anwendung der Tortur hindernder, Mangel bezeichnet, wenn rücksichtlich der Ermittelung einer Thatsache die präparatorische Frage nach dem status libertatis noch nicht entschieden sey, also vorerst durch andere Beweise die deßhalbige Wahrheits-Ermittelung vorbereitet werden müsse [64]); ferner, wenn die Wahrheit nicht anders, als nach vorgängiger Anwendung der Tortur zu erforschen stehe [65]). Eben so liegt eine

---

Sic, quia posse datur diversas reddere caussas,
Qua ferar, ignoro, copiaque ipsa nocet.«

61) Mostellaria, (ed. Weise) Act. II sc. I v. 69 seq. (p. 81): »Sicut ego efficiam, quae facta hic turbabimus, profecto ut liqueant omnia et tranquilla sint, nec quidquam nobis pariant ex se incommodi.«

62) Isidor. orig. lib. X voc. »dubius« (ed. Gothofr. p. 1013); Corn. Fronto, voc. »dubium« (ap. Gothofr. p. 1332).

63) Valer. Maxim. factor. dictorumq. memorab. (ed. J. Kapp.) lib. IV cap. 1 §. 11, p. 224: »Testis namque in reum productus (sc. Scaevola), cum id respondisset, quod salutem periclitantis magnopere laesurum videbatur, discedens adjecit, ita sibi credi oportere, si et alii idem asseverassent: quoniam unius testimonium aliquem credere pessimi esset exempli. Et religioni igitur suae debitam fidem, et communi utilitati salubre consilium reddidit.«

64) l. 12 D. de quaest. (48. 18): »Si quis, ne quaestio de eo agatur, liberum se dicat: Divus Hadrianus rescripsit, non esse eum ante torquendum, quam liberale judicium experiatur.«

65) l. 9 C. eod.: »D. Pius rescripsit, posse de servis habere quae-

inopia vor, wenn kein anderes Mittel, um einen Thatumstand zu erweisen, vorhanden war [66]). Hiernach wurde also ein Defekt, eine inopia in einem weiteren Sinne angenommen, wenn ein Verhältniß nicht festgestellt, sondern ungewiß und zweifelhaft erschien und die Wahrheit nicht anders, als durch Tortur ausfindig zu machen stand.

Ausdrücklich wurde nun in Beziehung auf die Frage: ob die Tortur anzuwenden sey, erkannt, daß die Aussage nur eines Zeugen diese Maaßregel zu begründen nicht geeignet erscheine, eine inopia probationum also hier vorliege. Der dieser Entscheidung zum Grunde liegende Fall [67]) ist folgender: Ein Ehemann klagte als Erbe seiner Ehefrau wider den Surus eine Summe Geldes ein, welche seine Erblasserin beim Verklagten deponirt zu haben erklärt hatte, producirte hierfür nur einen Zeugen, den Sohn seines Freigelassenen, und verlangte, daß die Sclavin des Verklagten auf die Folter befragt wurde. Surus leugnete den Empfang des Geldes und bestritt daneben die Zulässigkeit eines einzigen Zeugen unter Anwendung jenes Zwangs. Gleichwohl erfolgte dieser. Es wurde indeß hiergegen an den Kaiser appellirt und derselbe erklärte die Beschwerde für begründet, weil »quaestione illicite habita, unius testimonio non esse credendum«. Daher war denn auch allgemein vorgeschrieben: »In pecuniariis — causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse manifestum est« [68]).

Ueberhaupt stellte man seit Constantin (J. 334) die Regel auf, daß auf das Zeugniß einer einzigen Auskunftsperson kein Gewicht

---

stionem in pecuniaria causa, si aliter veritas inveniri non possit: quod et aliis rescriptis cavetur, sed hoc ita est, ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur: sed si aliter veritas inveniri non possit, nisi per tormenta, licet habere quaestionem, ut et D. Severus rescripsit«; l. 18 §. 4 D. eod. Paul recept. sent. lib. 5 tit. 14 §. 2.

66) l. 7 D. de prob. (22. 3): »Cum probatio prioris fugae deficit, servi quaestioni credendum est, in se enim interrogari, non pro domino, aut in dominum, videtur.«

67) Es ist der in der l. 20 D. de quaest. (48. 18) erwähnte.

68) l. 1 C. in f. de quaest. (9. 41), enthält eine wörtliche Wiederholung des Schlußsatzes im Texte.

zu legen sey (»non audiatur«; »nemo admittatur« [69]). Damit stimmte denn auch das canonische Recht in sofern überein, als danach keine Sache auf das Zeugniß eines Einzigen entschieden werden und selbst des Richters Zeugniß zum Beweis eines Testaments oder Contracts nicht genügen sollte [70]).

Das Resultat dieser Ansicht ist also dieß: Gleichwie in den beiden Fällen, völligen Mangels am Beweise und unvollständigen Beweises, die Entscheidung der Sache durch den Eid für die betreffende Partei eine Rechtsverletzung enthalten würde, indem in solchem Falle der Richter auch ohne Eid Grund zur Entscheidung hat, so bleibt dagegen in dem Falle gleichmäßiger Beweisführung von beiden Theilen nichts als dieß letzte Mittel übrig; denn der Verklagte kann nicht von der Klage entbunden werden, wenn der Kläger seine Intention bewiesen, aber auch nicht verurtheilt werden, wenn er umgekehrt seinerseits den ihm obliegenden Beweis erbracht hat. Nicht aus freiem Ermessen, sondern nur unter Voraussetzung einer inopia probationum ist dieser Eid aufzulegen dem Richter gestattet. Eine solche inopia liegt aber dann nicht vor, wenn der Kläger nicht genügend, d. h. nicht »legitimis modis« [71]), bewiesen hat. Weiter ist dann aber auch erforderlich, daß der Richter diesen Eid »in dubiis causis", in denjenigen Fällen also auferlegt, in welchem zwar der Kläger seinen Beweis,

69) l. 9 §. 1 C. de test. (4. 20): »Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo judicum in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.«

70) In c. 23 X. de test. (2. 20), wo von dem Zeugniß eines Juden gegen Christen die Rede ist, wird, unter Hinweisung auf das Wort der heiligen Schrift über die Nothwendigkeit zweier oder dreier Zeugen, von Alexander III. gesagt, daß wenn auch in manchen Fällen mehr als 2 Zeugen erfordert würden, »nulla tamen sit causa, quae unius testimonio (quamvis legitimo) terminetur.« Und in specieller Anwendung auf das Zeugniß des Richters wird von Innocenz III. in c. 28 X. eod. bestimmt: »— inhibemus, ne unius judicis, quantaecunque fuerit auctoritatis, verbo credatur in causis sive super testamentis, sive quibuslibet aliis contractibus quaestio agitetur.« Vergl. N. Samml. Entsch. d. O. A. Gerichts zu Cassel, Th. VII Nr. XLI S. 640.

71) l. 4 C. de edendo (2. 1).

der Verklagte aber auch den ihm obliegenden erbracht hat, so daß durch diese Gleichheit der Richter ungewiß wird, zu wessen Gunsten er entscheiden soll, aus der »inopia probationum« also eine »inopia consilii« hervorgeht [72]).

Der Meinung Duarens hat es denn auch nicht an späteren Vertheidigern gefehlt, wie A. Favre [73]), E. Bronchorst [74]), J. Meier [75]), J. J. Wissenbach [76]), J. G. Heineccius [77]), G. Noodt [78]).

Cujacius weicht in sofern von der bisher dargelegten Meinung ab, als er einmal [79]) zwischen »inopia« und »defectus«, — wohl ohne Grund [80]) — unterscheidet und sodann darin [81]), daß von ihm die »inopia« allgemein genommen wird; so daß also der Sinn der wäre: eine inopia probationum liege nur dann vor, wenn gewisse, aber zweifelhafte und wenig geeignete, Beweismittel vorhanden sind, bei solchen von beiden Seiten vorgebrachten, aber in sich schon ungenügenden Beweisen und Beweisgründen der Richter durch den Eid die Wahrheit solle ermitteln dürfen; wogegen freilich der bereits oben erwähnte Satz streitet, daß alsdann nicht auf die Folter gefragt werden soll, wenn gar kein oder nur ein leichter Verdacht vorhanden ist.

---

72) Donell. l. c. §. 7 (p. 252): »In hac incertitudine vere dici, causam laborare inopia probationum cum non sit probationum tantum, ut possit judex ex his de re judicare in alterutram partem. Hanc ergo inopiam esse, in qua sola jus superiorem decisionem admittat.«

73) geb. 1557, † 1624, Gerichts-Präsident in Savoyen, conject. lib. XIX cap. 1.

74) geb. nach 1550, 1625 emeritus, als Professor in Leyden.

75) † 1637; Professor in Straßburg, im colleg. jur. Argentor. tit. de probat. n. 3.

76) geb. 1607, † 1665; Prof. in Gröningen; in comment. ad Pand. disp. XXIV §. 24.

77) geb. 1680, † 1741, war Prof. in Halle; Diss. de lubricitate jurisjur. suppletor., 1730.

78) geb. 1647; Prof. in Nymwegen, Franecker, seit 1686 in Leyden † 1725; vertheidigte obige Annahme in den Comment. ad Pand. p. 288, und in den Probabil. jur. civ. lib. III cap. 6 (pag. 185).

79) lib. 22 observ. c. 28.

80) l. 7 D. de prob. (22. 3).

81) lib. 2 observ. c. 33; lib. 20 c. 28.

§. 6.

Ansicht R. Bachovs v. Echt.

Eine eigenthümliche Stellung nimmt Bachov[82]) zu der vorliegenden Frage ein. Die Ansicht, daß von einem halben Beweis reden, einen Widerspruch in sich enthalte, daß vom Beweis nur im Falle eines durch die Gesetze anerkannten die Rede sey[83]) und daß der Kläger seine Intention nachweisen müsse[84]), ein Zeuge keinen Beweis liefere und namentlich selbst nicht zur Quästio zu führen geeignet erscheine[85]), — hält er zwar für völlig richtig, vertheidigt aber[86]) gleichwohl wider den, der gleich näher zu erwähnenden gemeinen Meinung zugethanen, Treutler, den Satz, daß auch dann, wenn beide Theile nur halb bewiesen hätten, also nur in soweit von einer Gleichheit der Beweise die Rede sey, der Richter dem einen oder andern Theile den Eid aufzuerlegen befugt erscheine. — Ist aber dieser Satz richtig, dann war nicht abzusehen, weshalb sein Vertheidiger, zumal nach den vorausgegangenen Zugeständnissen, nicht schlechthin der von Duaren ꝛc. eingeführten Annahme beipflichtete, der Richter habe den Erfüllungseid aufzuerlegen, wenn die vollen Beweise beider Streittheile in Conflict kämen. Auffallend bleibt es also, daß gleichwohl Bachov[87]), der auf die Annahme der Statthaftigkeit eines halben Beweises gestützten Meinung sich zuwendet[88]).

---

82) Reinerius Bachov v. Echt, geb. um 1575 zu Leipzig; Professor in Heidelberg, kurz vor dem 30jähr. Krieg; starb das. 1635; schrieb ad disputationes Treutleri (geb. 1565, † 1607), ein Buch, das zu seiner Zeit auf den Hochschulen die älteren Werke gleichen Zweckes verdrängte.

83) arg. l. 4, 12 C. de prob. (4. 19).

84) l. 1 C. de prob. (4. 19); l. 9 C. de oblig. (4. 10); l. ult. C. de roi vind. (3. 32); l. 9 C. de test. (4. 20); l. 29 D. de quaest. (9. 41).

85) Bachov. ad Treutler. vol. I disp. XXI th. X lit. A ad verb. »sed quae hic dicendae etc.«, pag. 307.

86) Ibid. ad verb.: »Neque deferri potest etc.«, pag. 398..

87) l. cit. ad verb. »Sed quae hic dicenda etc.« (pag. 397).

88) verbis: »Sed Dd. medium esse docent, inter plene probare et nihil probare. Et sane sententia Duareni usum hujus juramenti nimis restringit, contra textum l. 31 in f. h.; ibi solent judices cnm rarissime

§. 7.

Vertheidigung und nähere Begründung der Lehre der Glossatoren durch spätere Juristen.

Im Gegensatze zu den bisherigen Ansichten, wie sie vornämlich von Duaren, Corasius, Cujacius, Bachov in ihren Hauptrichtungen vertreten sind, blieb nun aber die, wie erwähnt, schon in der Glosse ihre Begründung findende Annahme diejenige, welcher nicht nur die bei weitem größere Mehrzahl der Juristen älterer und neuerer Zeit beipflichteten, sondern welche auch, wie in den Gerichten, also in den Particular-Gesetzgebungen der einzelnen, namentlich deutschen, Territorien die tiefsten Wurzeln trieb, und daher allerdings heutigestags als die gemeine Meinung bezeichnet werden kann.

Nach dieser Ansicht wird denn nun davon ausgegangen, daß die Kaiser in allen denjenigen Fällen den in Rede stehenden Eid zugelassen hätten, in welchen nicht jeder Zweifel durch die bisherige Beweisführung für beseitigt zu erachten, vielmehr ein Bedenken übrig geblieben sey, welches nur durch den Gebrauch jenes Eids zu beseitigen stehe. Das drückten die Worte des Gajus aus, wenn er der causae dubiae gedenke, in welchen die Richter den Eid aufzulegen pflegten. Dubia aber sey eine causa, wenn der Eid wegen inopia probationum erfordert werde; diese aber liege da vor, wo durch einen unvollständigen Beweis nicht aller Zweifel entfernt sey. Sprachlich erläuterte man das im Ausdruck liegende Bedenken so: Wer zunächst ein „dubium" hat, also im Zweifel steht, behauptet eigentlich nichts, er sucht noch nach der Wahrheit [89]).

---

eveniat, ut utrinque pares sint probationes. Et facile evitabimus objectiones Duaren. si dicamus, arbitrio judicis committendum esse, quaenam sit semiplena probatio: sicut enim non temere passim hoc juramentum deferendum est, ita absurdum fuerit facultatem istam plane judici negare, cujus animum multa movere possunt, ut etiam extra casum plenae probationis in alterutram partem inclinet, ut citra praestationem juramenti nec absolvere jure possit nec condemnare.

89) Cicero de divinat. (ed. Orell. Vol. IV P. 2) lib. II cap. 3 (p. 173): „Dicendum est mihi igitur ad ea, quae sunt a te dicta, sed ita, nihil ut affirmem, quaeram omnia, dubitans plerumque et mihi ipse

Daher wird man eben unter solchen Bedenken bedachtsamer bei der Findung des Urtheils zu Werke gehen [90]). Nicht blos die „copia probationum", sondern auch der Mangel an der letzteren wird demnach den Zweifel zu erregen geeignet seyn. Unter inopia, defectus wird sodann nicht der völlige Mangel, die gänzliche Untauglichkeit, sondern nur die Ungenügendheit, die Ergänzungs-Bedürftigkeit ausgedrückt. Wenn, von dem Greise, welcher seinen Leib nur noch mühsam dahinschleppt, gesagt wird, er sey inops [91]); wenn sodann desselben Ausdrucks in Beziehung auf die mangelnde Sprach-Fertigkeit, und Fähigkeit sich bedient wird [92]); wenn Tacitus der Parther als: „inopes copiarum" in dem Sinne, daß sie mit einer geringen Truppenzahl ausgerüstet seyen, gedenkt [93]); von einem andern Schriftsteller einer „jejunitas et inopia" der Rede in der Bedeutung, daß zwar Etwas, aber mit nur schwacher und unzureichender Begründung ausgeführt worden sey, Erwähnung geschieht; wenn den „res opiparas" die „inopiosae" et „egenae" [94]) entgegengesetzt werden, und wenn endlich von einem „deficere" rücksichtlich des Oels in der Lampe die Rede ist und darunter die Existenz nur eines schwachen und im Ausgehen begriffenen Lichtes verstanden wird [95]); — so scheinen dergleichen und ähnliche Stellen die Bedeutung der „inopia probationum" eines blos schwachen

---

diffidens. Si enim aliquid arti haberem, quod dicerem; ego ipse divinarem, qui esse divinationem nego.«

90) Cicero pro Caecinna, (ed. Orell. Vol. II P. 1) cap. 4 (p. 410): »— sive vos existimationis illius periculum, sive juris dubitatio tardiores fecit adhuc adjudicandum.«

91) Horat. II satir. 3 v. 153: »Deficient inopem venae te.«

92) Petron. satyricon (ed. Anton. 1781) cap. 83 (p. 249): »— inopi lingua desertas invocat artes«; Horat. I satir. IV v. 17, 18: »Di bene fecerunt, inopis me quodque pusilli finxerunt animi, raro et perpauca loquentis.«

93) Tacit. annal. (ed. Walter) lib. XV c. 16 (p. 345).

94) Plautus, Poenulus (ed. Weise) Act. I sc. 1 v. 1 seq. (p. 160): »Saepe ego res multas tibi mandavi, Milvio, dubias, egenas, inopiosas consili, quas tu sapienter, docte et cordate, et cate mihi reddidisti opiparas opera tua —.«

95) Petron. satyr. cap. 22 (p. 55): »Lucernae quoque humore defectae, tenue et extremum lucem spargebant —.«

und unvollständigen Beweises zu unterstützen, der nur einige Vermuthung nicht vollen Glauben erzeugt.

Andererseits aber bieten auch die Rechtsquellen selbst für eine solche Auffassung streitende Momente dar. So soll darin der Aussage des Sclaven alsdann Glauben beigemessen werden, „cum alia probatio ad eruendam veritatem non est“ [96]), die quaestio gegen den Sclaven wird extra ordinem unter gleicher Voraussetzung gestattet [97]) und, in specieller Beziehung auf den Würderungseid derselbe erst in dem Falle zugelassen, wenn der wahre Sachverhalt „liquidis argumentis“ nicht nachzuweisen steht [98]). Im Allgemeinen ist denn auch in den Gesetzen das „dubium“ mit dem „obscurum“ gleich gestellt und unter einem solchen der Fall verstanden, in welchem, wegen der „obscuritas probationis“ die Schwierigkeit der Erlangung eines bestimmten Urtheils vorliegt [99]). Was endlich den Ausspruch Constantins, daß die Aussage eines einzigen Zeugen nicht zugelassen, nicht leicht gehört werden soll, betrifft, — so deutete man den ersten

96) l. 7 D. de test. (22. 5); cf. l. 7 D. de prob. (22. 3).

97) l. 9 pr. D. de quaest. (48. 18): »D. Pius rescripsit, posse de servis habere quaestionem in pecuniaria causa, si aliter veritas inveniri non possit: quod et aliis rescriptis cavetur, sed hoc ita est, ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur: sed si aliter veritas inveniri non possit, nisi per tormenta, licet habere quaestionem, ut et D. Severus rescripsit. Licet itaque et de servis alienis haberi quaestionem, si ita res suadeat.«

98) l. 2 C. de in lit. jur. (5. 53) verb.: »Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus haeredis convincitur: omissa jurisjurandi facultate, judex de veritate cognoscet: quae etiam argumentis liquidis investigari potest.«

99) l. 22 §. 2 D. de fideicom. lib. (40. 5): »Cum is qui fideicommissam libertatem praestare debet, justa ex causa abest, aut latitat: aut quidam praesentes sunt, alii ex justa causa absunt, nonnulli frustrandi gratia fideicommissi copiam sui non faciunt: aut ei, qui libertatem debuit, haeres non extitit, aut suus haeres haereditate se abstinuit: praetor pronunciare debet, ex testamento Lucii Titii fideicommissam libertatem competere: idque Senatusconsulto demonstratum est, quo Senatusconsulto comprehensum est, ne dubium et obscurum esset, cujus libertus fieret, praetorem pronunciare debere, qui ex justa causa et qui detrectandae libertatis gratia absit.«

Ausdruck dahin: Keineswegs sey dadurch ein solcher Zeuge schlechthin verworfen, vielmehr solle damit nur gesagt seyn, er dürfe lediglich in solchen Fällen zugelassen werden, wenn andere Wahrscheinlichkeitsgründe dessen Angabe unterstützten; wohin dann sein Stand und der Mangel eines wider ihn streitenden Verdachts, die Natur des Rechtsgeschäfts und andere adminiculirende Momente zu rechnen seyen. Dem noch weiter gehenden Verbote des Nichtanhörens des einen Zeugen wurde dagegen der Sinn beigelegt, daß des letzteren Aussage, insofern nicht damit zusammentreffende sonstige Umstände vorlägen, völliger Glauben nicht geschenkt werden dürfe. Hiermit in Uebereinstimmung heißt es unter Anderem: „Non erunt homines deliciis diffluentes audiendi" [1]) und umgekehrt: „L. Flavium virum primarium equitem Romanum a populo Romano audiendum etc." [2]).

Wenn daher auch allerdings nach der in Bezug genommen l. 20 D. de quaest. auf den Grund der Aussage nur eines Zeugen die Tortur nicht angewandt werden soll und nach canonischem Rechte in keiner Sache dem Zeugnisse eines Einzigen allein Glauben geschenkt werden darf [3]), so fand man doch in diesem Satze nur eine Beschränkung der vollen Glaubwürdigkeit jenes Zeugen, welche, wie durch äußere Umstände, vornämlich durch die besondere Beschaffenheit der Person und des betreffenden Geschäfts gesteigert und dadurch die Auferlegung des Erfüllungseides begründet zu werden vermöge; wie denn mit Rücksicht auf dieses letztere Moment ausdrücklich im canonischen Rechte dieser Eid für gerechtfertigt erklärt werde, indem es darin [4]) heiße: „Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet (et si nihil praestiterit) obtinere. Praesumptione vero faciente pro illo, reo deferri potest, ad ostendendam suam innocentiam juramentum; nisi judex (inspectis personarum et causae circumstantiis) illud actori videat deferendum." Es schien dieß um so weniger bedenklich, weil nicht blos im römischen Rechte der Wink gegeben

---

1) Cicero, de amicitia, cap. 15, init.
2) Tacitus, de morib. Germ. cap. XI in f.
3) c. 23, 28 X. de test.
4) cap. 36 in f. X. de jurejur. (2. 24).

war, nicht sowohl auf die Menge der Zeugen alles Gewicht zu legen, — weshalb denn auch später im canonischen Rechte auf Beschränkung der Zahl derselben Bedacht genommen wurde [5]), — als vielmehr vor Allem auf die Glaubwürdigkeit der Personen und die Beschaffenheit des Zeugnisses derselben, sowie des Streitgegenstandes [6]), — weshalb auch unter gewissen Voraussetzungen der Versicherung selbst nur einer einzigen Person voller Glauben beigemessen werden soll, z. B. in dem Falle, wo der Testator der Tochter eine Dos in demjenigen Umfang ausgesetzt hatte, welchen Pollianus bestimmen werde. Als nun der letztere, als conscius voluntatis testatoris, denjenigen Betrag als Dos bezeichnete, welchen die übrigen Töchter des Testators bereits erhalten hatten, sprach sich Scävola dahin aus, man müsse dieser Erklärung, in Gemäßheit der Willensbestimmung des Testators, folgen [7]). Dahin gehört auch der Fall, wonach bei einer Grenzverwirrung der Streit durch die Angabe des frühern Herrn beider Grundstücke erledigt werden soll [8]).

---

5) cap. 37 X. de test. (2. 20): »Volentes«, sagt Innocenz III., »autem effraenatam multitudinem testium refraenari: volumus ut hincinde quadragenarium numerum testium excedere non permittas —.« Schon in l. 1 §. 2 D. de test. (22. 5) heißt es: »— haec licentia ad sufficientem numerum testium coarctatur, ut judices moderentur et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint, evocari patiantur: ne effraenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur.« Vergl. Gaill observ. lib. I obs. 91 n. 3; obs. 103 n. 8; Hofmann deutsche Reichsprax. B. I §. 488. — A. M. Heffter Institut. d. Proc. S. 211.

6) l. 21 §. 3 D. de test. (22. 5): »Si testes omnes ejusdem honestatis et existimationis sint et negotii qualitas ac judicis motus cum his concurrit: sequenda sunt omnia testimonia. Si vero ex his quidam (eorum) aliud dixerint, licet impari numero, credendum est: sed quod naturae negotii convenit, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret, confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis et quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit, non enim ad multitudinem respici oportet: sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.«

7) l. 14 D. de dote praeleg. (33. 4).

8) l. 12 D. fin. regund. (10. 1): »Eos terminos, quantum ad dominii

§. 8.

Ansicht Gesterdings.

Endlich ist hier die in der neuern Zeit von Gesterding[8a]) vertheidigte, von dem Bisherigen wesentlich abweichende, Ansicht zu erwähnen, zufolge deren unter der in Rede stehenden „Inopia" ein gänzlicher Mangel an Beweismitteln zu verstehen sey. „Inopia" sagt derselbe, „ist hier nicht bloße Unzulänglichkeit des Beweises, sondern Mangel desselben. Dieß scheint der eigentlichen Bedeutung des Worts gemäß zu seyn. So sieht man namentlich aus einer Stelle des Sueton, daß es mehr ist, als „paupertas"; es heißt daselbst „vixit in summa paupertate ac paene inopia". So gibt es eine andere Stelle — l. 1 C. de quaest., — worin inopia wieder mit probationum gepaart, nach dem Zusammenhang schlechterdings nichts anders bedeuten kann, als gänzlicher Mangel des Beweises. Daß der Ausdruck namentlich in unserer Stelle (l. 3 C. de reb. cred. 4. 1) in dieser Bedeutung gebraucht wird, das würden die Ausleger vielleicht selbst bemerkt haben, wenn sie die Stelle mit unbefangenem Blicke und etwas sorgfältiger betrachtet hätten. Sie haben aber, wie es scheint, den Ausdruck „causa cognita" gänzlich übersehen. Es war hier gar nicht die Rede davon, daß Beweise geführt und diese nicht zulänglich waren und daß dann der Richter, zur Ergänzung des Beweises, dem Beweisführer den Eid abfordern solle; alles dieß hat man hineingelegt, denn es liegt nicht darin, sondern von dem Falle war die Rede, wo Beweise fehlen; in Fällen dieser Art soll der Richter von jenem Mittel Gebrauch machen, wodurch die Partei zum Richter in eigener Sache bestellt wird, indem ihr die Sache ins Gewissen geschoben wird und zwar soll er dieß thun, nachdem die Sache zuvor gehörig untersucht ist, woraus deutlich erhellet,

---

quaestionem pertinet, observari oportere fundorum, quos demonstravit is, qui utriusque praedii dominus fuit, cum alterum eorum venderet: non enim qui singulos fundos separabant, observari debent: sed demonstratio adfinium novos fines inter fundos constituere."

8a) Ausbeute von Nachforsch. Th. IV Abth. 1 S. 107.

daß hier von Fällen die Rede ist, wo noch keine Beweise beigebracht und keine zu haben sind.“

Diese Ansicht würde auf denjenigen Standpunkt zurückführen, auf welchem Gellius stand, als er länger als hundert Jahre vor Gajus in der oben (S. 4 fg.) erwähnten Verlegenheit sich befand, wie er den Streit zwischen den sittlich völlig ungleichen Parteien zu entscheiden habe; ob er den nichtswürdigen Verklagten auf den Grund der Klage des wahrheitsliebenden, aber mit Beweismitteln nicht ausgerüsteten, Klägers zur Zahlung des Darlehns verurtheilen, oder den letzteren abweisen solle? Daß diese letztere Alternative zu Gellius Zeit den in der Rechtsprechung erfahrenen Collegen jenes nicht zweifelhaft war, beweist ihre Antwort auf die von demselben ihnen vorgelegte Frage, und damit erledigt sich denn auch wenigstens für die Zeit jenes Vorgangs die Frage: ob nicht dem Kläger auf den Grund seines Leumunds-Zeugnisses und der „argumenta admodum exilia“ der Erfüllungseid hätte auferlegt werden können. Denn es war eben damals dieses Auskunftsmittel noch nicht im Gebrauch, oder wenigstens für den vorliegenden Fall völlig mangelnden Beweises des Producenten für nicht statthaft erachtet.

Daß aber auch durch die l. 3 C. de reb. cred. (4. 1) jenes ältere Recht nicht aufgehoben worden sey, geht hervor aus der von denselben Kaisern, wie jene, herrührenden Bestimmung, daß bei unterbliebener Beibringung des klägerischen Beweises der Verklagte vom Beweise des Gegentheils entbunden werden, folglich auch von der Auflegung eines Notheides nicht die Rede seyn soll [9]). Könnte noch ein Zweifel obwalten, so müßte hier schon die Rücksicht entscheidend seyn, daß alsdann, wenn man jener Ansicht Gesterdings beipflichten würde, damit in der That die den Parteien eingeräumte Befugniß über einen zweifelhaften Thatumstand dem Gegner den Eid zuzuschieben, völlig illusorisch werden würde; denn diese hat eben zur Voraussetzung, daß der Producent sonstigen oder wenigstens genügenden Beweis nicht beizubringen vermag

---

9) l. 23 C. de prob. (4. 19): »Actor quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit: cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.«

und sie würde daher in allen Fällen überflüssig werden, wenn der Richter unter gleicher Bedingung zur Auferlegung des Ergänzungseides zu schreiten für angemessen erachtete.

Es beruht denn auch andererseits auf einer unrichtigen Folgerung, wenn man von der Befugniß einer Partei ihrem Gegner den Eid zuzuschieben, auf die gleiche Berechtigung des Richters dem einen oder den andern Theil einen Eid aufzuerlegen schließen will. Macht ein solcher von jenem Rechte keinen Gebrauch, dann läßt sich daraus nur abnehmen, daß er den Rechtsstreit überhaupt nicht durch den Eid geschlichtet verlangt, dem Gegner also namentlich nicht diejenigen Eigenschaften beimißt, vermöge deren allein die Wahrheit zu erforschen steht. Durch jenen Nichtgebrauch drückt also eine solche Partei lediglich das Verlangen aus, es solle der Streit zu Gunsten des Theils entschieden werden, wider welchen nichts bewiesen worden ist.

Wenn endlich Gesterding auch aus dem in der l. 3 C. de red. creb. (4. 1) vorkommenden Ausdruck „causa cognita" insofern eine Unterstützung für seine Annahme fand, daß darin von einem Falle die Rede sey, in welchem gar kein Beweis geführt worden sey, so läßt sich auch aus diesen Worten nichts folgern, indem darunter, wie schon oben (S. 11) in der Glosse geschieht, recht wohl der Fall zu verstehen ist, in welchem der Richter nach erfolgter Prüfung der Sache, insonderheit der beigebrachten Beweise, die sein Urtheil bestimmende Gründe gewonnen hat.

Hiernach wird man diese Ansicht für in den Gesetzen nicht begründet zu erachten haben [10]).

§. 9.

Ansicht von der Nothwendigkeit eines mehr als halben Beweises zur Auflegung des Ergänzungs-Eides.

Außer den bisher erwähnten Ansichten über die Voraussetzungen des Erfüllungseides ist dann die weitere zu erwähnen,

---

10) Vergl. besonders: Busch, im Archiv f. civ. Pr. Th. 21 Nr. VII S. 195—206.

wonach erfordert wurde, daß mehr als halber Beweis zu dem Ende erbracht werden müsse. Der vollständige Beweis, so sagte man, mache die Existenz zweier unverwerflicher Zeugen nothwendig; sey nur ein solcher vorhanden, dann liege durch deren Aussage ein halbvollständiger Beweis vor; wolle man nun aber den Beweisführer zum Erfüllungseide zulassen, alsdann mache man ihn zum andern Zeugen, welcher unverwerflich (omni exceptione major) seyn solle. Die Unterstellung dieser Eigenschaft sey aber unstatthaft, weil die Partei in eigener Sache schwören würde, dieß aber den Rechten zuwider sey[11]). — Sieht man einmal von der näheren Ausführung und Begründung jener Unterscheidung ab, und hält man, wider den auch in diesem Jahrhundert sehr nachdrücklich erhobenen Widerspruch wider den halben Beweis überhaupt[12]), gleichwohl solchen für gerechtfertigt, so streitet jedenfalls schon der Umstand wider die Statthaftigkeit des gedachten Unterschieds, daß es im Allgemeinen an einem Maaßstab fehlt, wonach zu ermitteln wäre, was der Erkenntniß der Wahrheit nahe und ihr ferne steht; weshalb denn auch schlechthin für angemessen gehalten worden ist, im Fall, wo mehre Beweismittel gebraucht sind, statt jene Grenzen im Einzelnen durch die Bestimmung, was halb oder weniger als halb bewiesen worden, zu bezeichnen, vielmehr auf dem in anderer Weise geführten Beweis

---

11) Goswin v. Esbach in d. Not. ü. Carpzov jurispr. for. P. I const. 23 def. 3; def. 10 p. 75, 77; Es. Pufendorf introd. in proc. civ. P. III cap. 12 §. 2 (p. 466): »Si quis — plus quam semiplene probaverit, ut si quis praeter unum testem, omni exceptione majorem, conjecturas adhuc aliquas vel testimonium testis, non quidem omni exceptione majoris, pro se habeat, in causis quidem civilibus semper obtinet juramentum suppletorium. Sed si quidem semiplene duntaxat quis probaverit, ut si quis praeter testimonium unius testis, omni exceptione majoris, conjecturas vel adminicula alia adducere nequeat, causae arduae a minus arduis distinguendae sunt. Nam in his quidem suppletorium actori defertur, in illis purgatorium reo. Sin vero minus, quam semiplene quis probaverit, juramento suppletorio locus non est, sed reo purgatorium erit imponendum.« J. A. Hofmann. teutsche Reichsprax. Th. I §. 687 (S. 421).

12) Vergl. z. B. Globig, censura for. P. II cap. 13 §. 2 (p. 193).

entweder durch Annahme der Erbringung desselben oder durch den Ausspruch der Beweisfälligkeit sich zu entscheiden [13]).

Was nun jene Unterscheidung selbst betrifft, so läßt sich hier

1. in gewissem Sinne von einem weniger als halben Beweis reden, wenn man von dem Erfordernisse des einen Zeugen, daß er integer et omni exceptione major sey, ausging. Lag Grund zu einem solchen Einwand gegen seine Person vor, dann sollte durch den Zeugen kein halber Beweis erbracht werden können. In diesem Falle, sagte man, werde der letztere „aliqua praesumtione" elidirt und diese hatte nur zur Folge, daß bei dem Richter einige „suspicio" zurückblieb [14]); daher bemerkte denn auch Baldus [15]) „quod quando semiplena probatio aliqua praetumptione eliditur non est locus delationi juramenti." Auch selbst ein „minimus defectus" des Zeugen wurde für ein Hinderniß, dem Producenten diesen Eid aufzulegen, erachtet.

2. Mehr als halber Beweis wurde nun aber erfordert

a. wenn eine Vermuthung wider die Richtigkeit der klägerischen Intention stritt; ein anderer als gewöhnlicher Zeuge wurde hier für nöthig erachtet; namentlich ein solcher, dem eine durch sein besonderes öffentliches Amt verstärkte Glaubwürdigkeit beizumessen stand, wie die z. B. beim Notar sich findet [16]), oder beim Richter, welcher als Zeuge über Thatumstände, worauf seine amtliche Thätigkeit sich bezog, vernommen war [17]).

---

13) Globig, l. cit.

14) Glos. ad l. 16 D. de prob. (22. 3); doctor. in l. 31 D. de jurej., et in l. 3 C. de reb. cred.

15) Zu l. 2 pr. C. qui et advers. quos in integr. (2. 42). Hippolyt. de Marsiliis Singularia (Goldast pract. observ. Francof. 1629) T. II p. 642 sing. 197.

16) Marcus de Mantua Singularia s. Apophthegmata juris, sing. 349 (Goldast, l. c. T. II); p. 74: »— annotatu dignum, quod quando praesumtio contradicit intentioni agentis, debent probationes tunc esse magis exactae, imo luce meridiana clariores, adeo ut nec juramentum in supplementum probationis deferri possit; utputa in notario, si dixisset in instrumento aliquid, propter quod de falso redargui possit.«

17) Hippolythus de Mars. l. cit., unter Berufung auf eine Reihe älterer Juristen.

b. Besonders sollte aber der Kläger, wenn auch der Verklagte Beweis zu führen unternommen hatte, mehr als dieser darthun, wo es dann aber für sehr zweifelhaft erachtet wurde, ob, im Fall einer Gleichheit im Resultate dieser Beweisführung, dem Verklagten oder dem Kläger der Ergänzungseid aufzuerlegen sey? Azo [18]) und Accursius [19]) entschieden sich für den ersteren, wohingegen Hugolinus [20]) und, unter Bezeugung einer allgemeinen Praxis, Jason [21]) dafür hielt, daß der Kläger zu schwören habe, wobei er freilich dem richterlichen Ermessen die nähere Rücksichtnahme auf die speciellen Umstände, sowie namentlich auf die Personen und die Streitgegenstände überließ [22]); wogegen nach der Meinung Durantis [23]) allein dieß Ermessen entscheidend seyn sollte.

c. Von der in jener zweiten Ansicht geltenden, gleichen Voraussetzung wurde nun aber vorzugsweise die Zulässigkeit dieses Eides auch in dem Falle abhängig gemacht, wenn der Gegenstand des Processes eine »causa ardua et magna« war. Man ging bei diesem Satze von der Annahme aus, daß in solchen Sachen der Schwurpflichtige der Gefahr des Meineids näher stehe, als in unbedeutenderen Angelegenheiten [24]). Hier war aber wieder streitig: welche dergleichen denn eigentlich wichtig oder unwichtig zu nennen seyen. Die älteren Juristen räumten zwar dem Richter zu deren Entscheidung einen unbeschränkten Raum des Ermessens ein. »Maxima«, hieß es, »aliquando est judicum potestas in causis levibus, brevibus, parvisque diffiniendis, ut videmus in jura-

18) in sum. C. de reb. cred. num. 10.

19) in l. 31 D. de jurejur. verb. »exacto« in f.; in l. 3 C. de reb. cred. verb. »decidi«

20) in l. 3 C. cit. verb. »decidi.«

21) in l. 31 D. cit. in 1. lect. n. 118 per text. in cap. 1 §. sacramentum junct. ibi gl. in verb. judicem de consuet. rect. feudi.

22) Ueber das Nähere in Ansehung dieser Frage vergl. Jac. Menochius de arbitrariis judicum quaestionib. (Colon. Agrip. 1615), lib. II cent. 2 cas. 190 (p. 295).

23) in rubr. de juram. delat. num. 8 in f. in l. 3 C. de reb. cred.

24) Hippolyt. de Mars. l. c. sing. XXVII pag. 601 u. die das. Genannten.

mento probationum suppletorio quod in causis parvis non magnis defertur«[25]); dabei waren aber die zur Festsetzung des Maaßes gemachten Angaben sehr unbestimmt und abweichend. So bezeichnete die Glosse eine Sache für groß, deren Werth 100 aurei, Fulgosius die als gering, welche 25 aurei betrug. Wiederum nahm Azo 50 aurei für den Betrag einer causa minima an »sed solum in jurisdictione defensoris civitatum, cujus potestas in ea tantum summa coarctata est«; wohingegen von Bartolus die Sache als solche bezeichnet wurde, wenn die Kosten den Werth derselben übersteigen. Sehr gewöhnlich war aber, wie erwähnt, das Auskunftsmittel, die ganze Frage dem richterlichen Ermessen zu überlassen und dabei besonders die Beschaffenheit der Sachen und Personen, so wie der Umstand, ob eine causa brevis sey, zu berücksichtigen[26]; indem, wie Albericus[27]) mit Recht bemerkte, deshalb solche Umstände entscheidend seyen, weil z. B. die Summe von 200 fl. als Gegenstand des Streits zwischen zwei Bürgern ein bedeutendes Object, geringfügig aber solches zwischen Königen erscheint.

§. 10.

Lehre vom halben Beweis als gemeine Meinung.

Bei allen diesen verschiedenen Ansichten, wonach die Zulässigkeit der Annahme eines unvollständigen, halben, Beweises mehr oder weniger bestritten wurde, entsprach doch jene Annahme der herrschenden Meinung. Allerdings hätten bei dieser auf das fremde Recht gegründeten Lehre unsere Voreltern besondern Grund gehabt, deren Eintritt abzuwehren, da doch der damit im Widerspruch stehende Satz bei ihnen die Regel bildete: „Ein Zeuge kein

---

25) Jason in repet. n. 222 ad l. 31 D. de jurejur.; Socin. tr. fallen. reg. 204; Menoch. l. c. cas. 72 (p. 169).

26) Menoch l. cit. cas. 72 (lib. II. cent. 1) pag. 170; derselbe bezieht sich auf ein Decret des Herzogs Philipp von Piemont, welcher dahin sich entschied. Setser de juram. lib. IV cap. 14 p. 490.

27) in l. 3 C de reb. cred. (4. 1).

Zeuge" [28]). Allein es war bereits im 16. Jahrhundert diese ältere Rechtsansicht zu Gunsten jener fremden Satzung verdrängt, wie man aus einem Zeugniß, was dieser Zeit angehört, ersieht, wonach einem die Zulässigkeit eines halben Beweises bezweifelnden Juristen vorgeworfen wird: »ab illa divisione inveterata discedentem facere, ut symbolo fidei relicto novam fidei formam extruat« [29]). Geht man nun von der als die gemeine Meinung dargestellten Grundlage der Statthaftigkeit des Ergänzungseids in Folge der Führung eines s. g. halben Beweises aus, so fragt es sich denn nunmehr, welches die Voraussetzungen jenes Eides seyen. Hier bestehen wiederum die manchfachsten Abweichungen. Nur einige derselben können hier erwähnt werden. So stellt Mynsinger [30]) sechs Erfordernisse für die Auflegung dieses Eides hin: 1. daß per unum testem omni exceptione majorem halb bewiesen sey, so wie: »quod talis semiplena probatio vere vel necessario concludat; nam si concluderet praesumptive secus esset«. 2. Der Schwurpflichtige muß sodann die Wahrheit auf den Grund eigener sinnlicher Wahrnehmung bekunden, weshalb der Eid nicht den Erben aufzulegen sey. 3. Jener soll auch von unbescholtenem ehrbarem Wandel seyn, weshalb bei schon wider ihn vorliegendem Verdachte des Meineids von jenem Eide abzustehen ist. 4. Die causa darf nicht ardua vel criminalis, sondern vielmehr modica et civilis, — der Unterschied muß mit Rücksicht auf die Verhältnisse der Parteien gefaßt, 5. der halbe Beweis selbst aber nicht etwa durch irgend eine Vermuthung zerstört oder erschüttert und endlich 6. vor dem Schluß der Sache der Antrag auf Erkennung dieses Eides gerichtet worden seyn.

---

28) Capitul. lib. 7 c. 283: »Unius testimonium, quamlibet splendida et idonea videatur esse persona, nullatenus audiendum.« Sachsensp. B. I Art. 8; Schwabensp. Cap. 395. — Ausnahmen s. bei Horn diss. de prob. plena per un. test.; Hert. lib. I paroem. 6 §. 2.

29) Val. Forster (geb. 1530; 1569 Prof. in Marburg; 1580 in Heidelberg; zuletzt in Helmstädt; † 1608), de jurisd. Rom. in l. 3 Numae num. 57.

30) Joach. Mynsinger v. Frundeck (geb. zwischen 1511 u. 1517, † 1588, obs. judic. imp. cam. 1584), cent. I obs. 68, p. 55.

Stryk[31]) sodann bezog alle hier in Betracht kommenden Voraussetzungen auf die drei comites jurisjurandi und erforderte daher: einmal, daß die Wahrheit beschworen werde, dann, daß der Schwörende eine glaubwürdige Person sey, judicium habe, endlich, daß die Sache vom Richter für eine solche erkannt werde, in Beziehung auf welche dieser Eid zulässig und daher dem Reinigungseide vorzuziehen, justitia sonach vorhanden sey.

Arn. Vinnius[32]) endlich erforderte zunächst, daß eine inopia probationum vorliege, die Sache als zweifelhaft sich darstelle und der Ergänzungseid erst causa cognita auferlegt werde.

Im Gegensatze zu der obigen Meinung Duarens, wonach nur dann, wenn von beiden Theilen gleich starke Beweise beigebracht worden sind, ein Fall, welcher nur die Entbindung des Verklagten zu Folge hat[33]), wird also hier unter unvollständigem Beweise derjenige verstanden, in welchem der Richter wegen eines Beweismittels, z. B. eines unbescholtenen Zeugen rc., zweifelhaft über den wahren Sachverhalt ist. Hier liegt weder völliger Beweis, noch gänzlicher Mangel desselben, sondern ein Unvollkommenes, was weder das Eine noch das Andere ist, vor. „Sed non est novum", sagt Vinnius, welchen man unter den späteren Juristen als den Hauptvertreter dieser Ansicht betrachten kann[33a]), zur Rechtfertigung seiner erwähnten Meinung, „ut duo aut plura, quae per se singula infirma sunt aut inefficacia, juncta simul et coacervata, vires et efficaciam consequantur, verbi causa, unius testis, quamvis omni exceptione majoris, testimonium plenum non facit; sed si ea, quae dicit consentiente fama, aliisve veritatis judiciis confirmentur, jam illius testimonium pro plena probatione habenda est"[34]).

Wenn auch, so erläutert er das Verhältniß, einzelne Verträge an und für sich eine Klage nicht begründen, so kann doch

---

31) dissert. de semiplena prob. cap. V §. 4 seq.

32) geb. 1588 † 1657; sel. quaest. lib. 1 cap. 44.

33) c. 3 X. de prob. (2. 19); c. 6 X. de fid. instr. (2. 22); arg. l. 38 D. de re jud. (42. 1); l. 47 D. de oblig. et act. (44. 7); l. 188 D. de reg. jur. (50. 17).

33a) a. a. O.

34) l. 5 §. 6 C. de prob. (4. 19).

durch ein darauf stattgefundenes Constitut dieser Erfolg erreicht werden; wenn durch Hinzutritt des Concubitus zu den Sponsalien die Ehe entsteht, so ist es für den vorliegenden Fall als eine gesetzliche Begünstigung zu betrachten, daß mehre unvollständige Beweise die Wirkung eines vollständigen um deswillen erlangen, „ne scilicet probationes rediganiur in angustum.“ Und wenn auch nicht einem einzigen Zeugen vollständiger Glauben beigemessen werden darf, so ist doch dessen Aussage, wenn er sonst geeignet erscheint, ein nicht geringes Gewicht beizulegen. Der Richter gelangt auf einer Stufenleiter von der suspicio zur opinio und von dieser zur firma persuasio [35]). Da nun mehre unvollständige Beweise verschiedener Gattung mit einander verbunden werden und die letztere erzeugen können [36]), so muß man daraus folgern, daß auch den einzelnen an sich betrachtet Wirkung beigemessen werden müsse. Wenn also z. B. der Kläger einen Zeugen von unverdächtiger Glaubwürdigkeit producirt und seine Aussage durch andere Gründe für die Wahrheit derselben unterstützt werden, so wird, auch wenn diese allein vollen Glauben nicht erzeugen können, in der Verbindung mit jener Aussage, der letztere erzeugt. Oder wenn der Beweispflichtige, welcher von unbescholtenem Rufe ist, wider seinen Gegner einen Schuldschein producirt; dieser aber, ein Mensch von verwerflicher Gesinnung, die Ausstellung leugnet; so wird in einem solchen Falle die hinzutretende Versicherung eines classischen Zeugen, welcher die Auszahlung der in der Schrift erwähnten Summe gesehen, dem Richter genügenden Grund zur Ergänzung des mangelhaften Beweises durch Auflegung des Erfüllungseides geben. Die gegentheilige Ansicht, durch welche die Zulassung unvollständiger Beweise bestritten werde, beruht nach der Ansicht dieses Schriftstellers auf der Unterstellung, daß vor Gericht kein Beweisgrund anerkannt werden dürfe, „nisi ex qua una sola perfecta rei gestae fides adstruatur“. Und diese Annahme verwirft er schließlich mit den Worten: „Si hoc verum est, non aliae rationes in judiciis admitti atque a judice audiri debent, quam quae seorsum per se singulae sunt quasi apodicticae, non alia

---

35) l. 3 §. 1. 2 D. de test. (22. 5).
36) l. 5, 6 C. de prob. (4. 19).

instrumenta, quam ubi per se quodvis sufficienter probat, eamdemque fidem judici facit, quae moveri eum possit ad sententiam secundum eum, qui istud profert, ferendam: at consequens hoc falsum esse supra satis demonstratum est ex l. 5, 6 C. de prob.

Von einer großen Anzahl von Juristen wurde diese Lehre seit der Glosse vertheidigt. Nur einige derselben mögen hier, andere später im Näheren, genannt werden: Barclajus [37]; Ummius [38]; J. H. Böhmer [39]; Schaumburg [40]; Schöpf [41]; C. G. Knorr [42]; Glück [43]; Heffter [44].

Andere substituirten besonders in der neueren Zeit dem schon oben (S. 11 fg.) angedeuteten Ausdrucke „halber Beweis" den: „unvollständigen Beweis", und nahmen dann die Begründung des Ergänzungseids in dem Falle an, wenn dringende Vermuthung für die Richtigkeit des Beweissatzes vorliege, oder doch für diese eine solche, auch ohne Beweisführung, streite, wenn er also dem Zwecke der Vervollständigung des juristischen Mangels an andern Beweismitteln diene [45].

§. 11.

Particular-Gesetze.

Auch viele der im Laufe der Zeit in den einzelnen Territorien erlassenen Verordnungen folgten dieser Ansicht. Unter jenen ist

---

37) geb. 1543 † 1605, Prof. zu Pont a Mousson (com. in l. 31 D. de jurejur in Ottonis thesaur. T. III p. 958).

38) a. 1658; proc. judic. disp. 15 (p. 638).

39) geb. 1674 † 1749, Canzler zu Halle; jus eccl. prot. T. II p. 1313.

40) a. 1750; princ. prax. jurid. lib. 1 sect., membr. 4 §. 6 (p. 277).

41) a. 1748; proc. appell. (Würtemb.) cap. XVII §. 1.

42) a. 1751; Anleitung z. gerichtl. Proc. (Halle) 13. Hauptst. §. 35.

43) Com. Th. XII. S. 379.

44) System d. Civilpr. S. 323 Not. 38.

45) Aehnlich drücken sich aus: Danz ordentl. Proc. §. 362 (S. 533); Claproth ordentl. Proc. Th. II §. 294 (derselbe erfordert bestimmt mehr als halben Beweis und läßt den letzteren nur unter gewissen Voraussetzungen zur Auflegung des Suppletoriums zu, eben so wie Linde Civilproc. §. 319.

vornämlich Hessen zu erwähnen. Schon lange vorher, ehe Duaren, Corasius ꝛc. mit der von ihnen geltend gemachten, von der bis dahin bestandenen, gemeinen Meinung der Glosse abweichenden Ansicht hervortraten, hatte Landgraf Wilhelm III. in der im J. 1497 ergangenen Gerichtsordnung [46]) §. 15 „von Beibringen eines Gezeugen", Folgendes verordnet: „Der Kleger soll seine klage zu recht gnüg beweisen, thet er das aber nit, so soll der Antworter on aufflegung des Eydes ledig gezelt werden. Wo aber der Kleger zum rechten nicht genug, sonder ein halb Beweisung, als mit einem gezeugen, oder sonst Anzeige hette, möcht der Richter nach gestalt der sachen und persone den eydt dem kleger zu eruolgung seiner beweisung, oder dem antworter zu erledigung von der klag aufflegen".

In dieser Bestimmung des hessischen Rechtes ist also einmal die schon aus allgemeinen Regeln des Processes hervorgehende subsidiäre Eigenschaft des Erfüllungseides, als eines nothwendigen Eides [47]), dann aber auch die Bedeutung des halben Beweises in dem zuletzt erwähnten Sinne anerkannt worden.

Von den einzelnen Particular-Gesetzen, welche nachfolgten, sind beispielsweise hier nur anzuführen: die Wismarsche Gerichtsordn. [48]), die Pommersche v. 1566 [49]), die Güstrowsche Canzleiordn. v. 1656 [50]), die Schwedische Hofgerichtsordnung [51]), die

46) Aelt. Samml. d. Landesordn. Th. I S. 19.

47) Diese ist denn auch ausdrücklich anerkannt. So sprach z. B. das O. A. Gericht zu Cassel aus in S. Kornemann g. Kornemann [73] 15/11 1845, in Erw.: „daß nach allgemeinen processualischen Grundsätzen es zu der Auflage eines nothwendigen Eides vor Erschöpfung sämmtlicher zeitig geltend gemachter Beweismittel nicht kommen kann, — und vorliegend hiervon abzugehen in dem Umstand kein Grund liegt, daß die Appellantin bei ihrer Beweisantretung sich mit Rücksicht auf die producirten Urkunden zunächst zur Ausschwörung des Erfüllungseids erboten und nur eventuell die Vernehmung der denominirten Zeugen beantragt hat"

48) Th. II Tit. 34.

49) Tit. 57.

50) Th. II Tit. 29 §. 2.

51) Tit. 16 §. 5: „hätte der Kläger durch einen glaubhaften unwiderleglichen Zeugen oder sonst semiplene den Grund seiner Klage erwiesen, mag er sich zum juramentum in supplementum probationis erbiethen, und da gleich

Halberstadtsche Procesordnung v. 1652 [52]), die Braunschweig-Lüneburgsche v. 1663 [53]), das Brandenburgsche Landrecht v. 1685 [54]), die Constitutio elect. Saxon. August. 23. §. 1 und die Ordinatio proces. [54a]); die Magdeburg. Proceßordn. v. 1686 [55]), Gothasche Proceßordn. v. 1686 [56]), die Anhaltinische [57]), die Frankfurter-Reformation [58]). Eben so verhielt es sich nach Lübeckschem Rechte [59]).

In Beziehung auf die späteren Gesetzgebungen sind hier anzuführen: die Oestreichische, insbesondere Josephinische Gerichtsordnung [60]).

---

ein solch erbiethen nicht geschiehet, soll doch wofern die Sache nicht gantz richtig, zur Gerichtlichen ermäßigung stehen, nach fleißiger Betrachtung aller umstände, derer Personen und des Handels, dem Kläger oder Beklagten vermöge einiger Rechte, solchen Eyd aufzulegen, ingleichen ist es auf Seiten des Beklagten auf seine Exceptionen also zu halten."

52) Th. 2 Kap. 5.

53) Tit. 24 §. 1.

54) B. 1 Tit. 40 Art. 3 §. 1 „— und dieser Eyd" (juram. necessarium) „hat gemeiniglich statt in etlichen Fällen wie folget: Als so die Richter den Handel so befinden, daß Kläger seine Klage, oder der Beklagte seine Defensionen und Gegenwehre nicht vollkömmlich, sondern semiplene, d. i. soviel als halb, nemlich durch einen untadelbahren glaubhafften Zeugen, omni exceptione majorem, so zum Theil etwas beweißen, oder andere glaubwürdige Anzeigung bewiesen hätte; so mögen sie demselben Theil Juramentum necessarium vel suppletorium, den Eyd zur Erfüllung der Beweisung ertheilen und auflegen."

54a) Tit. 30.

55) Cap. 39 §. 1.

56) Th. I Cap. 12 §. 1.

57) Tit. IX §. 1.

58) Th. I Tit. 39 §. 7.

59) Mevius ad jus Lubec. lib. 5 tit. 7 art. 16 n. 5. 6.

60) Die letztere enthält die Bestimmung im §. 212: „Wenn ein Theil über einen erheblichen, die Streitsache entscheidenden Umstand zwar keine vollständige, doch eine halbe, oder mehr als eine halbe Probe beigebracht und sich erbothen hat, diesen Umstand eidlich zu bestätigen, kann ihm der Erfüllungseid aufgetragen, folglich gestattet werden, den Beweis mit seinem Eide zu ergänzen." Die Galizische G. O. setzte hinzu: „so kann der Richter nur dann den Erfüllungseid auftragen, wenn auch die übrigen Umstände mit seinem (des Beweisführers) Vorgeben übereinstimmen, und es glaubwürdig machen." Der spätere Entwurf lautete: „Hat eine Partei über entscheidende Thatsachen sehr erhebliche, jedoch für sich allein zum vollen rechtlichen Beweis nicht hin-

Zufolge der Preußischen Gesetzgebung [61]) tritt, wenn eine Thatsache nicht völlig beweislos, der Beweis jedoch rechtlich unzulänglich geblieben ist, insbesondere wegen formeller oder sachlicher Mängel der Beweisquellen [62]), oder wegen eines ungelösten Widerstreits unter mehrern Beweisgründen [63]) — das Recht des Richteramts in Kraft, von dem einen oder andern Theile einen Notheid zu verlangen und zwar entweder einen Erfüllungs- (Ergänzungs-) Eid, daß die streitige Thatsache richtig sey, oder einen Reinigungseid über die Unrichtigkeit derselben [64]). Sachlich unanwendbar ist dieß Mittel, wenn das bürgerliche Gesetz einen vollständigen Beweis, ohne Gestattung des Eides verlangt [65]), oder den Beweis durch Eid geradehin verbietet [66]). Im Uebrigen soll bei Berufung der Partei zum Eidschwur maaßgebend seyn: das größere oder geringere Maaß der für jede Partei streitenden (thatsächlichen) Vermuthungen, die größere oder geringere Zuverlässigkeit, welche der eine oder andere Theil in seiner Angabe bewährt hat; im äußersten Fall ist einem Wahrheitseid aus eigenem Wissen vor einem Eide des Nicht- oder Nichtanderswissen der Vorzug zu geben [67]). In einzelnen Fällen bestimmt auch das Gesetz denjenigen

---

reichende Beweismittel beygebracht; so kann sie von dem Richter zum Erfüllungseid zugelassen werden;" — überging also die Schuleintheilung in den halben, mehr und weniger als halben Beweis und forderte stets einen dem vollen Beweise nahekommenden (probatio semiplena major) als Bedingung der Zulässigkeit des Erfüllungseids; welcher Gedanke auch der Galizischen G. O. zum Grunde zu liegen scheint, die nebst dem halben Beweise noch eine aus den übrigen Umständen hervorgehende Glaubwürdigkeit voraussetzt. Vergl. Pratobevera Materialien rc. Bd. V S. 232.

61) Vergl. hierüber besonders: Heffter Civilproceß oder das gerichtl. Verfahren bei bürgerl. Rechtsstreitigkeiten im Gebiete d. allgem. Landrechts für d. preuß. Staaten. Berl. 1856, §. 161 (S. 193).

62) G. O. I. 13, 11, 26; so wie die Hinweisung auf den Notheid in Einzelfällen: G. O. I. 10, 147, 299.

63) z. B. bei eintretendem Widerstreit zwischen Vermuthung und Gegenvermuthung, Grävell, Com. II. 668.

64) G. O. I. 13, 24, 26, 22. 2.

65) Fälle: L. R. I. 4, 50. 12, 306. 14, 37. 16, 106; II. 2, 2. 8, 1503. 1513. 11, 868. 15. 203. — G. O. I. 10, 255. III. 1, 27.

66) So in Injuriensachen.

67) G. O. I. 13, 21.

Theil näher, welcher allein oder vorzugsweise mit dem nothwendigen Eid zu betrauen ist [68]). Ausgeschlossen bleibt davon: wer unbedingt und in jeder Sache unfähig zur Ablage eines Zeugnisses ist [69]) und wer in Folge strafrechtlicher Verurtheilung oder frevelhaften Lügens vor Gericht durch den bürgerlichen Richter das Recht dazu verloren hat.

Von besonderem Interesse sind die in diesem Jahrhundert ergangenen Proceßgesetze unter Anderem auch in so fern, als darin meistentheils die Bezeichnung „halber Beweis" vermieden worden ist. So z. B. die Badensche Proceßordnung v. 31. Dec. 1831 [70]), der Württembergsche Entwurf der bürgerlichen Proceßordnung v. 1848 [71]), die Hannoversche bürgerliche Proceßordnung von 1827, 1848 und 1850. In dieser letzteren namentlich ist die allmälige Beseitigung des Ausdrucks „halber" rc. Beweis und die Substituirung des Worts „unvollständiger" statt dessen recht deutlich zu erkennen [72]).

In der dermaligen Ausführung wird der Standpunct des gemeinen Rechts festgehalten werden, und danach ist nunmehr zu den einzelnen Voraussetzungen des Ergänzungseides überzugehen.

---

68) So ein Fall der G. O. I. 10, 255; L. R. I. 4, 50. 51. 16, 106; II. 8, 1453.

69) G. O. I. 10, 227.

70) §. 634. Ist der Beweis, nachdem eine Beweisfrist angesetzt war, nicht mißlungen, aber auch nicht vollständig hergestellt, so wird auf Notheid erkannt." §. 635. „Bei der Auflage dieser Eide hat der Richter zur Entscheidung der Frage, ob der Beweisführer zum Erfüllungs- oder der Gegner zum Reinigungs-Eide zuzulassen sey, nicht blos auf den Grad des vorhandenen unvollständigen Beweises, sondern darauf vorzüglich Rücksicht zu nehmen, von welcher Partei nach allen Umständen und Verhältnissen der Sachen und der Personen die Wahrheit am sichersten zu erwarten sey, und welcher daher der Vorzug gegeben werden muß".

71) Die einschlagenden Stellen Art. 912, 913 stimmen mit der Badenschen Proc. Ordn. im Wesentlichen überein.

72) In der ersteren heißt es noch §. 103: „Hat eine Partei den ihr obliegenden Beweis nicht vollständig, aber wenigstens bis zur Hälfte geführt, so soll sie, wenn in Hinsicht ihrer Moralität nichts Gegründetes zu erinnern ist, und sie überhaupt von der Sache Wissenschaft haben kann, zum Erfüllungs-Eide gelassen werden. Im entgegengesetzten Falle ist dem andern Theile der Reinigungs-Eid aufzuerlegen. Haben beide Theile ihre Intention zur Hälfte erwiesen, so hängt es von dem pflichtmäßigen richterlichen Ermessen ab: welchem von beiden

III. Ausführung.

Erster Titel.

Unvollständigkeit des Beweises.

§. 12.

Ueberhaupt.

Vor der Prüfung der verschiedenen Beweismittel, durch welche in unvollständiger Weise der Beweis zu führen ist, wird es zunächst einer Bemerkung über die Voraussetzungen bedürfen, unter welchen überhaupt nur von einer solchen Unvollständigkeit die Rede seyn kann.

1. Entscheidend ist hier zunächst in Beziehung auf das Vorhandensein eines solchen Mangels, daß der Beweis theilweise verfehlt worden ist; und es kann daher auf den Umstand, daß das Resultat der Beweisführung im Verhältniß zu dem, wie es vor der Beweisauflage bereits existirte, sich nicht verändert hat,

---

der Ergänzungs= oder der Reinigungs=Eid aufzuerlegen ist. In einem solchen Falle muß demjenigen, welcher aus eigener Wissenschaft schwören kann, oder welcher bei gleicher Wissenschaft nach seinem bisherigen Lebenswandel und seinem Rufe den meisten Glauben verdient, der Vorzug gegeben werden." §. 170: „Wird nach sorgfältiger Abwägung der Ergebnisse des Beweises und directen Gegenbeweises der Beweis für nicht vollständig, aber doch bis zur Hälfte geführt erkannt, so ist dem Beweisführer der Ergänzungseid; wenn aber der Beweis zwar nicht ganz verfehlt, gleichwohl nicht bis zur Hälfte geführt ist, dem Gegner den Reinigungseid aufzulegen. Ist der Beweis bis zur Hälfte geführt, so ist derjenigen Partei der nothwendige Eid aufzulegen, welche aus eigener Wissenschaft schwören kann, oder, bei gleicher Wissenschaft, nach ihrem bisherigen Lebenswandel und Rufe den meisten Glauben verdient. Giebt auch diese Rücksicht nicht den Ausschlag, so entscheidet die etwa gesetzlich begründete Begünstigung der Sache, eventuell aber ist dem Beweisführer der Vorzug zu geben." — In der letzteren, der allgem. bürgerl. Proceßordn. für Hannover v. 8. Novbr. 1850, wird dagegen gesagt: §. 300: „Wird nach sorgfältiger Abwägung der Ergebnisse des Beweises und Gegenbeweises der Beweis zwar nicht für gänzlich verfehlt, jedoch auch nicht für vollständig geführt erkannt, so ist nach dem Ermessen des Gerichts, wobei die Stärke der geführten Beweise, die Glaubwürdigkeit der Parteien nach ihrem Lebenswandel, Ruf und Verhalten im Proceß, der Grad der Wissenschaft,

kein Einwand gegen die Auflage eines Notheides überhaupt gestützt werden [73]).

2. Die Unvollständigkeit des Beweises setzt wesentlich weiter voraus, einmal daß dieselbe auf den ganzen Umfang des Beweissatzes sich erstreckt. Soll also z. B. die Dauer eines Acts bis zu einem bestimmten Zeitpunct erwiesen werden und es ist vielleicht nur bis auf einige Tage geschehen, über diese aber gar kein Beweis vorhanden, so kann das Fehlende durch den Erfüllungseid nicht dargethan werden, so wenig, als [74]), wenn der Verjährende zwar den Anfang, nicht aber das Ende der Verjährungszeit erwiesen hat, ein Ergänzungs- oder Reinigungs-Eid stattfindet [75]).

Dann aber muß sich auch der unvollständige Beweis auf alle Glieder des Beweissatzes beziehen. Damit soll nicht gesagt seyn, als ob nicht über einzelne Theile zusammengesetzte und verschiedene Beweise benutzt und in dieser Weise dahin es gebracht werden könne, den Beweis in der einen Richtung für unvollständig, in der andern für geführt zu halten. Vielmehr hat dieser Satz den Sinn: Wenn ein Beweis, welcher mehre Glieder enthält, zum Theil angetreten worden ist, zum Theil aber nicht, so kann, nachdem die Beweis-Aufnahme beendigt worden, über diesen letzteren

---

so wie die etwa gesetzlich begründete Begünstigung der Sache zu berücksichtigen sind, entweder dem Beweisführer der Ergänzungseid, oder dem Gegner der Reinigungseid aufzulegen."

73) Seufferts, Arch. B. IX Nr. 351 (Erk. des O. A. G. zu Dresden, v. 1854): Der formelle Einwand des Verklagten, daß der Beweis des Klägers schon deshalb für verfehlt anzusehen sey, weil alle jene Thatsachen schon bei Abfassung des Beweis-Interlocuts vorgelegen hätten, ist von keiner Erheblichkeit. Im ordentlichen Proceß muß in der Regel auch dann auf Beweis erkannt werden, wenn schon von Anfang an ein erheblicher Grund von Wahrscheinlichkeit der beweispflichtigen Partei zur Seite steht. Wenn dies einerseits nothwendig ist, weil der andern Partei das ihr zukommende rechtliche Gehör im Gegenbeweise nicht entzogen werden darf, so ist doch andrerseits die Befugniß nicht ausgeschlossen, im Endederkenntnisse auf jene Thatsachen zurück zu kommen und auf dieselben einen Legaleid zu gründen.

74) nach Kind, quaest. for. T. III c. 34.

75) Urtheil der Juristen-Facultät zu Jena v. 18/2 1819 in S. Eloß g. Eckermann.

Theil, rücksichtlich dessen der Beweis nicht angetreten ist, der Erfüllungseid nicht auferlegt werden. Als z. B. ein Lehrherr, ein Uhrmacher, gegen den Vater des Lehrlings auf Contractserfüllung geklagt hatte und ihm zu beweisen auferlegt war, daß und welchergestalt er den Sohn des Verklagten sorgfältig im Uhrmacherhandwerk unterrichtet habe, producirte der Kläger eine Uhr und Spindel, von denen des Verklagten Sohn Verfertiger sey, richtete aber nicht mit darauf, daß dieß letztere der Fall gewesen, den Beweisantritt, beschränkte vielmehr diesen auf Benennung von Sachverständigen, welche lediglich über die Beschaffenheit der Arbeiten urtheilen sollten. Später beschwerte sich der Kläger in höchster Instanz darüber, daß ihm nicht nachgelassen worden sey, diesen Mangel durch den Erfüllungseid zu ergänzen; er wurde aber mit dieser Beschwerde zurückgewiesen [76]).

In einem anderen Falle [77]) wurde der aufgestellte Grundsatz, jedoch, mit Rücksicht auf factische Vermuthungen, in modificirter Weise anerkannt. Es hatte nämlich die Klägerin zu beweisen: „daß ihre Mutter — fl. an baarem Gelde in die Ehe mit X.

---

76) Dietrich g. Pitel [7692] O. A. G. B. 19/2 1842, in Erw.: „daß — die principale, auf Wiederherstellung des den Erfüllungseid auflegenden Stadtgerichts=Bescheid gerichteten Beschwerde für ungegründet zu halten ist, — indem die Beweisantretung des Appellanten (Klägers), welche die angeblichen Arbeiten des Sohnes des Appellaten nicht einmal näher bezeichnete, darauf, daß der Lehrling dieselben wirklich gefertigt habe, gar nicht gerichtet war, von einem Erfüllungseide in dieser Beziehung daher auch nicht die Rede seyn konnte, wenn auch das Ergebniß des Beweisverfahrens sonst dazu geeignet gewesen wäre.“ Einen ähnlichen Fall theilt Heineccius, dissert. de lubricitate jurisjur. suppletorii (Francof. ad Viadr. 1730) §. 22 aus der Praxis der dasigen (Frankfurter) Juristen=Fakultät mit: »— quum universitas quaedam adseveraret, inter se et rei majores contractum permutationis intercessisse, quo insigniter laesa sit, injunctaque probatione multis testibus probasset, reum possidere silvulam, cujus partem etiamnum universitas teneat, universitatem autem pascuum habere, quod undequaque fere agris rei circumdatum sit, sententiam judicis universitati jusjurandum suppletorium deferentem, interposita a reo leuteratione, ab illustri hujus Viadrinae Ictorum ordine reformatam esse, mihi retulit Praeses hujus dissertationis —«.

77) Erkennt. des O. A. Gerichts zu Lübeck v. 30/1 1851; Seufferts Arch. B. X. Nr. 310.

eingebracht habe." Dafür, daß das Eingebrachte gerade in baarem Gelde bestanden habe, lag speciell Beweis nicht vor; im Uebrigen aber ein solcher, welcher zur Auflegung des Erfüllungs-Eides sich eignete und dieser wurde denn auch in Beziehung auf das Beweisthema überhaupt erkannt [78]).

Von dem Falle, wo der unvollständige Beweis auf einzelne und zwar dringende und also auf die Wahrheit der zweifelhaften Thatsache eine sichern Schluß zulassende Vermuthungsgründe sich bezieht, wird später die Rede seyn.

3. Weiter ist sodann erforderlich, daß der unvollständige Beweis nicht durch eine stärkere Vermuthung, als durch ihn selbst begründet wird, beseitigt worden sey [79]). Denn in einem

78) a. a. O. Es wurde dieser Ausspruch dahin begründet: Die Frage, ob das nachgelassene suppletorium genügend gerechtfertigt erscheint, ist nur etwa in so fern zweifelhaft, als dafür, daß das streitige Einbringen in baarem Gelde bestanden haben, durchaus nichts erhoben ist, hierauf aber gleichwohl das Beweisthema gestellt war. Bei näherem Betrachte konnte indeß auch dieß, von dem Verklagten übrigens selbst nirgends angeregte Bedenken nicht gegen die Zulassung der Klägerin zum Erfüllungseide entscheiden. Daß nämlich jenes in einem großväterlichen Notizbuche annotirt gewesene Conferendum nicht in Grundbesitz bestanden habe, darf als gewiß angesehen werden und daß die Tochter eines Handwerkers eine Mobiliar-Ausstattung von so bedeutendem Betrage erhalten haben sollte, ist theils an sich schon mehr als unwahrscheinlich, theils wird es durch dasjenige widerlegt, was Zeuge S. über die den Werthbetrag des mitgegebenen Mobiliars betreffende großväterliche Annotation deponirt hat. Bleibt nun aber lediglich dieß ungewiß, ob das Einbringen in ausstehenden Capitalien, oder in baarem Gelde bestanden habe und ist es ferner klar, daß (nach Frankfurter Recht) ersteres für die Klägerin bei Weitem vortheilhafter seyn würde, weil ausstehende Capitalien zu dem unbeweglichen Gute gerechnet werden (Frankf. Reform. Th. V Tit. 4 §. 4 und die dort in Bezug genommenen Stellen; Souchay, Anmerk. z. Frankf. Reform. B. I S. 92) und daher beim Tode ihrer Mutter nur zu lebenslänglichem Nießbrauchsrechte, nicht eigenthümlich zur Hälfte ihrem Vater zugefallen seyn würden (*), so wird, daß das erweisliche Einbringen in baarem Gelde bestanden habe, unbedenklich angenommen werden dürfen, indem es doch der Klägerin unmöglich schaden kann, daß nur etwas, was zu ihrem Nachtheile gereichen würde, unbewiesen geblieben ist. — (*). Frankf. Ref. Th. V Tit. 4 §. 5. Hiernach bekommt der überlebende Ehegatte, wenn der verstorbene Kinder hinterläßt, aus irgend einer Ehe, die Hälfte der fahrenden Habe eigenthümlich und vom übrigen Vermögen die Nutznießung.

79) Es ist das die vierte Voraussetzung, welche oben (S. 40) schon Myn-

solchen Falle ist der Gegner durch diese Vermuthung gesichert, bis der Beweisführer das Gegentheil nachweist [80]. Er liegt beispielsweise vor, wenn ein dergestalt mangelhafter Beweis auf die Beseitigung eines rechtskräftigen Erkenntnisses [81]), öffentlicher Urkunden [82]), gegen eine allgemeine Gewohnheit ꝛc. gerichtet ist.

Wendet man sich sodann zu den verschiedenen Arten der Entstehung des halben Beweises, so kommt hier zunächst die in Betracht, welche durch Zeugen ihre Begründung findet.

Insbesondere.

Erstes Kapitel.

Unvollständigkeit des Zeugenbeweises.

§. 13.

1. Ueberhaupt.

Das Wort der heiligen Schrift, wonach die Wahrheit auf zweier oder dreier Mund für bewiesen angenommen werden soll [83]), fand auch in der späteren bürgerlichen und geistlichen Gesetzgebung seinen Ausdruck [84]), so daß danach nur dann ein Zeugenbeweis für geführt zu halten ist, wenn wenigstens zwei Zeugen den zu erweisenden Thatumstand übereinstimmend bekundeten. Eines Zeugen Aussage bewirkte, wie später noch näher angedeutet werden wird, nach der Ansicht der älteren Processualisten, unter den sonstigen Voraussetzungen, eine Präsumtion [85]). Es ist indessen in Be-

---

finger für die Existenz eines halben Beweises angeführt hat. Hiervon wird später ausführlicher die Rede seyn.

80) Mascard de prob. concl. 518 n. 3.

81) l. ult. C. si ex fals. instrum. (7 58.)

82) cap. 13 X de praescr. (2. 26.)

83) 5. Mos. 17, 6; Jesai. 8. 1, 2.

84) l. 20 in f. D. de quaest. (48. 18); l. 9 §. 1 C. de test. (4. 20); c. 4, 5, 10, 23 X. de test.

85) z. B. Pillius ordo judic. (ed. Bergmann) P. 3 §. 6 pag. 56, n. 25: „Item si pro actore sit aliqua praesumtio saltem exilis, non probat

treff jener Regel bereits früher (S. 32) auf gewisse Beschränkungen hingewiesen worden; sie wurden von späteren Juristen beträchtlich vermehrt, so daß man den nach und nach gestatteten zehn weiteren Ausnahmen noch das „et si qui sunt plures casus" hinzufügen zu dürfen glaubte. Es lagen dieser, die gesetzliche Regel enger begränzenden, Ansicht vornämlich die Vorstellungen zum Grunde, daß **einem** Zeugen alsdann, wenn er zugleich ein Amt bekleide, wie der Arzt, Chirurg, die Hebamme, der Fron- und Gerichts-Bote rc., oder, wenn er über gewisse Sachen und Personen, denen man eine Begünstigung zugestehen zu müssen glaubte, wie die, wo es sich um Ehehindernisse, um den Beweis der Unschuld, daß Jemand getauft, ein Minderjähriger verletzt, das Jagd-, Zehnt-Recht rc. Jemandem zuständig sey, handelte, überhaupt, in Ermangelung einer Mehrheit von Zeugen, völliger Glauben beigemessen werden müsse [86]).

Wie bedenklich eine solche, auf einer festen Grundlage nicht beruhende, Ausdehnung der aufgestellten Regel für den Zeugenbeweis seyn mußte, bedarf keiner Ausführung. Inzwischen waren allerdings auch spätere Rechtslehrer so wie die Praxis der Gerichte einer solchen Erweiterung nicht abgeneigt; und man rechtfertigte

---

sed quasi probat; puta, quia unum testem tantum pro se induxit, defertur ei sacramentum a judice propter talem praesumtionem; nam unus testis maximam inducit praesumtionem." Es war das aber an sich nicht ohne Zweifel und Modificationen, wann diese Vermuthung zum Suppletorium führen sollte; **jenes** dann nicht, wenn es sich um den Unterschied zwischen einem factum proprium und alienum handelte; rücksichtlich **dieser** gestatteten Manche nur unter Hinzutreten adminiculirender Umstände dem Zeugnisse des Einzelnen diese Wirkung. Spätere Praktiker überließen dem richterlichen Ermessen zu beurtheilen, wann ein Beweis für **vollständig** oder **unvollständig** geführt zu betrachten sey, und formulirten die Voraussetzungen im Allgemeinen durch den Lehrsatz „quod **duae** vel plures **semiplenae probationes ejusdem generis** (ut sunt duo testes de uno eodemque tempore et facto sive actu deponentes) **aut** etiam **diversi generis** (e. g. unus testis et fama duobus testibus probata) et ad **unum finem** tendentes et quibus **nulla** inest **singularitas obstativa vel diversicativa**, sed adminiculativa tantum, conjungi possint, ad faciendam unam plenam probationem," **Nicolai** (a. 1697) proces. judic. cap. 47 (p. 535).

86) Vergl. z. B. Illico **Ummius** (Brem. 1658) proces. judic., disp. 18 th. 1 not. 2 (p. 773).

sie damit, daß man wiederum den allgemeinen Satz aufstellte, es könne unter Hinzutreten besonderer Umstände mit der Aussage eines einzigen classischen Zeugen sich begnügt werden [87]). Ein Beispiel aus der neueren hessischen Praxis möge zum Beleg, wie zur Erläuterung dienen. Eine Stadt hatte mit mehreren Maurern in Beziehung auf verschiedene Arbeiten, die letztere verrichten sollten, einen Vertrag abgeschlossen. Der Baumeister P. wurde dabei zum Mandatar der Stadt zu dem Ende bestimmt, um die Rechnung jener Handwerker für richtig zu erkennen, die Stadt also selbst zu verpflichten. P. ertheilte auch hiernächst eine Bescheinigung über die Feststellung der gelieferten Steinhauer-Arbeiten. Als nun später zwischen der Stadt und den Maurern auf Anlaß der letzteren ein Rechtsstreit über dieß Verhältniß ausbrach, wurde der Baumeister P. als Zeuge benannt; derselbe erkannte die unter der von den Klägern producirten Rechnung befindliche Feststellungs-Bescheinigung als von ihm herrührend an und nunmehr erklärte das Gericht in letzter Instanz, daß der den Klägern rücksichtlich des cubischen Inhalts der gelieferten Arbeiten auferlegte Beweis als erbracht angenommen werden müsse, da es insbesondere nach der einschlagenden Bestimmung des Vertrags, der verklagten Stadt gegenüber, nicht darauf ankomme, ob der gedachte Baumeister seine Bescheinigung auf eigene Anschauung und Nachmessung gestützt, oder auf welche andere Art er sich die nöthige Grundlage seiner Bescheinigung verschafft habe [88]).

Abgesehen von solchen besonderen Fällen blieb es dann aber freilich als Regel stehen, daß ein Erkenntniß, welches auf den Grund der Aussage nur eines Zeugen den Beweis für vollständig geführt erkläre, nichtig sey [89]).

Und was vom Beweise gilt, mußte dann auch auf den Gegenbeweis und die Vernichtung des Beweises Anwendung leiden.

Dabei entstand indessen die Frage: ob nicht wenigstens in

87) Glück, Com. Th. 22 §. 1185 b (S. 223 fg.); Linde Civ.-Proc. §. 261, Not. 10; Decis. Cass. T. 1 dec. 87 n. 4; dec. 88 n. 7; O. A. G. Erk. in S. Arbouin g. Gottschalk, 1776.

88) Magistrat zu Fritzlar g. Röhnert rc. [4726] O. A. G. Besch. v. 23/3 1839.

89) Albrecht g. Albrecht, O. A. G. Decr. v. 27/1 1827.

dem Falle, wenn derjenige einzige Zeuge, welchen der Beweisführer producire, gegen diesen aussage, diese Deposition als vollständig beweisend anzusehen sey? Soviel ließ sich nicht bestreiten, daß der Producent oder der Product, indem er einen solchen Zeugen resp. Gegenbeweis-Zeugen benannte, damit auch ihn als völlig unverdächtig anerkenne[90]), so wie, daß er diese Glaubwürdigkeit hinterher nicht in Zweifel ziehen könne[91]); selbst dann nicht, wenn er an ein gewisses Verhältniß derselben zum Gegner, falls ihm nur solches zur Zeit der Benennung bekannt gewesen war, nicht gedacht habe[92]). Die Frage war also nur die: ob der Richter durch die Vorschlagung eines solchen Zeugen und die darin liegende Anerkennung desselben als eines glaubwürdigen, bei der Würdigung der Depositionen desselben gegen den Producenten unbeschränkt sey?

Die älteren Praktiker ertheilten eine bejahende Antwort, erklärten also, daß durch des einen Zeugen Aussage voller Beweis gegen den Beweisführer erbracht werde[93]). Hierfür wurde sich darauf bezogen, daß durch die Production der Beweismittel eine Gemeinschaftlichkeit derselben begründet und dadurch diese Wirkung hervorgebracht werde. Eben weil nun die Ueberzeugung des Richters durch den Beweis mittelst des Zeugen hervorgerufen werden, seinem Ermessen also die Würdigung der Aussage des Zeugen unterliegen muß, aus dem angeführten Grunde aber gegen die über den vollen Zeugenbeweis bestehenden Vorschriften die erwähnte Folgerung sich nicht ziehen läßt, — wird man denn auch mit den späteren Rechtslehrern[94]) und in Uebereinstimmung mit dem in Hessen bestehenden Gerichtsgebrauche älterer und neuerer Zeit[95]) für die Verneinung der beiden aufgeworfenen Fragen sich

90) Das wurde anerkannt in S. v. Schlieffen g. Gem. Heiligenrode. O. A. G. Decr. v. 20/9 1826.

91) Brösche g. Eßmann, O. A. G. Decr. v. 5/12 1827.

92) v. Malsburg g. Blumenau, O. A. G. Decr. v. 15/3 1828.

93) Glück Com. Th. 22 S. 224 Not. 45.

94) Glück a. a. O., S. 237, Gensler zu Martins Civ. Proc. §. 175 a (S. 327); Thibaut Pand. R. §. 1171.

95) Diede g. Fisc. Pr., O. A. G. Erk. v. 1771; Grohne g. Cornelius [545] 1818; Fisc. Pr. g. Hoff, 1824; Otto g. Fisc. Pr. 1825; Silberberg g. Ebert [4727] 1833; Schminke g. Staatsanw. [3724] 1836.

zu entscheiden haben, und es bleibt demnach auch in dem Falle, wo der eine Zeuge gegen den Producenten deponirt hat, die Regel bestehen, daß derselbe, unter den später anzugebenden sonstigen Voraussetzungen, nur halb beweist. Da indeß die Frage: ob durch die Aussage eines solchen Zeugen das Gegentheil der zu erweisenden Thatsache vollständig dargethan werden könne? nicht bestimmt in den Gesetzen entschieden ist, so hat man in der bejahenden Beantwortung dieser Frage eine Richtigkeit gegen die Ansicht mancher Rechtslehrer bei den hessischen Gerichten nicht gefunden [96])

Wenn nun auch nach der Lehre der Glosse (S. 12) und den ihr gefolgten Juristen (S. 28 fg.) die Annahme eines halben Beweises auf den Grund der Aussage eines Zeugen außer Zweifel und dieser Satz für Hessen durch die oben erwähnte Vorschrift aus dem 15. Jahrhundert ausdrücklich sanctionirt war (S. 44), — wie denn auch ein Gerichtsgebrauch in dieser Hinsicht außer Zweifel ist [97]), — so entstand doch die weitere Frage: ob es genüge, wenn mit nur einem Zeugen der Beweis angetreten sey? oder ob nicht zwei wenigstens hätten genannt werden und einer von solchen dann für den Producenten habe aussagen müssen? Sie mochte einer Stelle des canonischen Rechts ihre Entstehung verdanken. In derselben [98]) handelt es sich um einen Streit zwischen einem Archidiakonus und einem Magister über eine Pfründe. Von den beiden Zeugen des ersteren (zweien Klerikern) war der eine gestorben und es fragte sich, welches Gewicht den Angaben des noch übrigen beizulegen sey? Clemens III. entschied: „quia alter de praedictis clericis dicitur obiisse, mandamus quatenus si per archidiaconum et superstitis clerici juramentum constiterit de praemissis, — praedictae praebendae possessionem etc. — auctoritate nostra restitui faciatis eidem.“ Hierauf stützte sich die Ansicht der Rechtslehrer,

---

96) Eitel g. Fisc. Pr., O. A. G. Decr. 26/4 1836; Schminke g. Fisc. Pr., 26/4 1836.

97) Fisc. Pr. g. v. Gödbäus [9101] 26/2 1845, in Erw.: „daß nach dem hiesigen Gerichtsgebrauch zur Begründung des Erfüllungseids auch schon ein halber Beweis zureicht.“

98) cap. 3 X. de proc. (1. 28).

daß, wenn auch nur ein Zeuge benannt worden, solcher zuzulassen sey; und in dieser Beziehung versicherte Corasius für seine Zeit, „de eo hodie dubitandum non esse“, und auch für eine spätere wird, daß diese Ansicht dem Gerichtsgebrauche entspreche, bestätigt [99]). So ist auch die erwähnte Stelle der hessischen Gerichtsordn. v. 1497 zu verstehen, wenn darin gesagt wird: „Wo der Kläger — ein halb beweisung, als mit einem gezeugen ꝛc. hette“, und so wird denn noch heutigestags der Satz wohl übereinstimmend aufgefaßt.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen sind nunmehr die speciellen Voraussetzungen in Beziehung auf die Person des Zeugen zu erwähnen. Hier kommt dann zunächst in Betracht: die

§. 14.

2. Glaubwürdigkeit der Zeugen.

Damit ein Zeuge zur Erbringung eines solchen unvollständigen Beweises tauglich sey, wird man im Allgemeinen diejenigen persönlichen Eigenschaften auch bei ihm erfordern müssen, welche beim Schwurpflichtigen in den drei Gefährten des Eides, nämlich veritas, judicium und justitia, vorausgesetzt werden.

Was die Pflicht, die Fähigkeit und Unverdächtigkeit, diejenigen Eigenschaften des Zeugen also, deren theilweiser oder gänzlicher Mangel ihn für jenen Zweck untüchtig macht, anlangt, so sind die deshalbigen, nach gemeinem und im hessischen Privatrechte weiter entwickelten, Grundsätze bereits an einem andern Orte dargelegt worden und es muß daher vorliegend genügen, unter Angabe der Hauptgesichtspuncte, hierauf zu verweisen [1]).

---

99) Ummius l. c., wiewohl solcher selbst zu der gegentheiligen Annahme sich bekennt.

1) N. Samml. bemerkensw. Entscheid. des O. A. Gerichts zu Cassel, herausg. v. Verf. (J. 1854) Th. VII Abth. 2 Nr. XLI S. 559—723. Abschn. I. handelt von der Pflicht zum Zeugniß (S. 571). Abschn. II von der Glaubwürdigkeit und Verdächtigkeit der Zeugen (S. 586); deren Inhabilität im engern Sinne in Beziehung auf Fähigkeit, Auffassung und Bekundung des Wahrgenommenen; — im weiteren Sinne rücksichtlich der Unglaubwürdigkeit wegen bestimmter gesetzlicher Vorschriften (S. 597) und mit Hinsicht

Als allgemeiner Folgesatz ist hier nun zu erwähnen, daß der Zeuge, welcher allein den zur Auflegung des Erfüllungseides genügenden Beweis erbringen soll, völlig frei von jedem, seine persönliche Glaubwürdigkeit beeinträchtigenden, Verdachte, z. B. wegen Verwandtschaft und Schwägerschaft [2]), etwa im 3. oder 5. Grade [3]), seyn muß.

---

auf die Vermuthung, daß der Zeuge die Wahrheit im concreten Falle nicht sagen wolle (S. 598). Im Einzelnen ist dann im 1. Kap. von der Unzulässigkeit resp. Verdächtigkeit der Zeugen, wegen Interesses am Streitobject (S. 599), in specieller Beziehung einerseits auf Gemeindeglieder in Gemeindeprocessen (S. 607), andrerseits auf Mittelspersonen der Streittheile (Mandatar, Vormund rc.) u. s. w.; — im 2. Kap. weiter von der aufgehobenen oder verminderten Glaubwürdigkeit der Zeugen in Beziehung auf ihr Verhältniß als öffentlicher Beamten und Anwälte (S. 633), als im Privatdienst (S. 651), oder in Verwandtschaft (S. 661) rc., oder Schwägerschaft (S. 684), Freundschaft und Feindschaft (S. 689) zu der einen oder andern Partei stehender Personen die Rede. Im 3. Kap. wird der Glaubwürdigkeit resp. Verdächtigkeit der Zeugen nach Maaßgabe ihrer Religion resp. ihres sittlichen oder unsittlichen und verbrecherischen Lebens (S. 698); und endlich im 4. Kap. der Glaubwürdigkeit der Zeugen mit Rücksicht auf ihre genaue Kenntniß des Streitobjects gedacht; wie diese z. B. bei Forstlaufern, Mahlgästen rc. in dahin einschlagenden Streitigkeiten eintritt (S. 713). — Hiernach wird sich in den einzelnen Fällen die Frage, ob und welcher Verdacht wider einen Zeugen vorliege, derselbe also zur Erbringung eines geeigneten unvollständigen Beweises hinreichend sei? entscheiden lassen.

2) Feist g. Friedrich [623] O. A. G. Erk. v. 1829; Katzenstein g. Thöne [3765] O. A. G. Besch. v 22/10 1836, in Erw.: „daß die Auflage des Erfüllungseids auf den Grund der Aussage eines Zeugen wesentlich voraussetzt, daß der Zeuge vollkommen glaubwürdig sey und dessen Aussage den Beweissatz vollständig erschöpfe; — daß aber Beides im vorliegenden Falle nicht anzunehmen ist, indem schon wegen des bestehenden Verwandtschafts-Verhältnisses des Zeugen, als des Geschwisterkinds-Vetters des Appellanten (Producenten), derselbe nicht als classischer Zeuge betrachtet werden kann —." Vergl. auch Braubach g. Köbrich [123] O. A. G. Erk. 3/3 1827.

3) Rauch g. Koch [188] O. A. G. Erk. 21/7 1847, in Erw.: „daß der Beweis der Aechtheit der Unterschrift dieses Erblassers durch die Aussage des Zeugen — in einem die Auflage des Erfüllungseids rechtfertigenden Grade nicht erbracht wird, da auf einen solchen Eid bei eines Zeugen Aussage nur dann erkannt werden kann, wenn der Zeuge für seine Person ein völlig glaubwürdiger ist, dieses aber im vorliegenden Falle sich nicht annehmen läßt, da derselbe mit dem Appellaten im 3., mit den Appellanten aber nur im 5. Grade verwandt und verschwägert ist."

In Ermangelung eines solchen oder ähnlichen Verdachts wird alsdann der Erfüllungseid nachgelassen [4]; ohne daß der Umstand, daß der sonst unverdächtige Zeuge ein Jude ist, einen Unterschied zu begründen vermöchte [5].

Beim Vorhandenseyn irgend eines solchen Verdachts hingegen, welcher auch bei einem öffentlichen Beamten die gleiche Wirkung wie bei jedem andern Zeugen hat [6], kann der Beweisantritt mit diesem einen Zeugen allein um deßwillen keine Zulassung finden, weil dessen Abhörung nur etwa zum Reinigungseide führen könnte, der mit dem Haupteide regelmäßig zusammenfallen wird [7]; dem etwaigen Interesse des Beweisführers aber dabei, den Gegner zur Ablage des Reinigungseides zu nöthigen, kein entscheidender Einfluß gestattet werden kann.

§. 15.

3. Beschaffenheit der Aussage des Zeugen.

Neben der vollkommenen Glaubwürdigkeit der Zeugen muß dann aber auch dessen Aussage die gehörige Beschaffenheit haben [8]. Dahin gehört:

1. daß die Zeugenaussage den Beweissatz vollständig

---

4) Ausdrücklich hat das O. A. Gericht zu Cassel diesen Satz mit dem Bemerken, daß zwar solcher nicht gesetzlich vorgeschrieben worden, doch für theoretisch richtig erkannt, in S. Eidam g. Völkel, O. A. G. Decr. [1970] 19/9 1829; Lückel g. Christ [4942] 27/10 1838; Gem. Niederrodenbach g. Bach [6121] 1840; Bachmann g. Streb [7198] 21/8 1841; Stilling g. Mencke [7543] 1843; v. Hundelshausen g. Rosenbaum [8280] 9/3 1844; Körber g. Hof [1034] 9/10 1847; Poppenhäger g. Reuter [880] 12/6 1847.

5) Dietz g. Katzenstein [7147] O. A. G. Besch. 18/11 1840.

6) Gem. Elmenthal g. Wolf [9195] 25/10 1845; es war hier von einem Zeugen, der das Amt eines Landraths bekleidete, die Rede.

7) Rosenbaum g. Thöne, O. A. G. Decr. 25/8 1825; v. Feilitzsch g. v. Fuchs [7792] 19/4 1842: „daß — nur jener einzige (verdächtige) Zeuge denominirt worden, selbst dessen, den Beweissatz vollständig bejahende Aussage aber nicht zur Auflage des Erfüllungseids, sondern nur zu der des Reinigungseids berechtigen könnte."

8) Dietz g. Braundenstein [4992] O. A. G. Besch. 17/8 1842.

erschöpft[9]). Ist das nicht der Fall; ist jene auf einzelne Umstände nur, welche nicht den ganzen Inhalt des auferlegten Beweises treffen, gerichtet und ist jeder dieser Umstände lediglich von einem der Zeugen bekundet worden, so kann der Zeugenbeweis keinenfalls als bis zur Auferlegung des Erfüllungseides geführt erachtet werden [10]). Verschieden hiervon ist also der später näher zu erwähnende Fall, wo der Beweisantritt nur auf einen Thatumstand gerichtet ist, dieser aber, seine Wahrheit vorausgesetzt, einen sichern Schluß auf die Richtigkeit auch des Beweissatzes zuläßt. Hier wird, wenn auch der bewiesene Thatumstand nicht identisch mit dem zu Beweis ausgesetzten ist, gleichwohl, aus dem Grunde der Gleichbedeutendheit, der Erfolg, welcher dem s. g. halben Beweise beigelegt wird, eintreten können.

2. Der Zeuge muß sodann das Bekundete treu aufgefaßt haben und auch den Grund für die Richtigkeit seiner Versicherung anzugeben im Stande seyn [11]). Ausdrücklich wird es in den Gesetzen für unzweifelhaft erklärt, »sola testatione prolatam, nec aliis legitimis adminiculis causam approbatam, nullius esse momenti« [12]), und Regel ist es, daß mehr auf die

---

9) Feist g. Friedrich [623] 1829; Gem. Niederrodenbach g. Bach [6121] O. A. G. Besch. 10/11 1840.

10) Ziegler g. Koch [6726] O. A. G. Besch. 2/12 1840; Dietz g. Brandenstein [4992] O. A. G. Besch. v. 17/8 1842. Der Fall betraf eine Schwängerungsklage. Ein Zeuge hatte für die Klägerin in Beziehung auf die von derselben aufgestellte Behauptung, im May 1837 vom Verklagten geschwängert worden zu seyn am 12/8 1841 deponirt: er habe vor etwa 4 Jahren dem Verklagten als Aufwärter gedient, und um diese Zeit denselben öfters mit der Klägerin auf dem Bette liegend betroffen, zugleich aber: er wisse nicht mehr, ob der Vorgang zur zutreffenden Zeit — vom 30/4 bis 26/8 1837 — sich ereignet habe. Das O. A. Gericht zu Cassel hielt diese Aussage nicht für geeignet, der Klägerin den Ergänzungseid nachzulassen, in Erw.: „daß, um auf die Aussage eines Zeugen die beweisführende Partei zum Erfüllungseide zuzulassen, erforderlich ist, daß nicht allein der Zeuge vollkommen glaubwürdig sey, sondern auch dessen Aussage den Beweissatz vollständig erschöpfe; — daß wenn auch im vorliegenden Falle die Glaubwürdigkeit des Zeugen — anzunehmen ist, doch dessen Aussage weder hinsichtlich der darin bekundeten Wahrnehmung selbst, noch hinsichtlich der Zeit, wo solche von dem Zeugen gemacht seyn soll, als den Beweissatz erschöpfend angesehen werden kann."

11) N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. VII Abth. 2 S. 593.

12) l. 4 C. de test. (4. 20). Mascard, de prob. vol. I cas. 956 n. 1.

Gründe, als auf die Worte Gewicht zu legen ist. Wenn also z. B. ein Zeuge versichert: eine gewisse Schuld sey bezahlt, aber nicht dabei angibt, ob er, daß dieß geschehen, gehört oder gesehen habe; oder wenn er darüber Kundschaft gibt, was er nicht mit leiblichen Sinnen, sondern auf den Grund eines eigenen Urtheils erkannt hat, oder vermuthet, z. B. daß ein gewisses Eigenthums-, oder sonstiges dingliches Verhältniß bestehe, so sind das Alles Depositionen, welche den in Rede stehenden unvollständigen Beweis zu liefern nicht geeignet erscheinen und, wenn endlich ein Zeuge über die längere Zeit hindurch stattgehabte Entrichtung einer Abgabe deponirt, bei derselben aber nicht zugegen gewesen ist, so verdient er keinen Glauben, eben weil er die Gründe, worauf seine Wissenschaft von jener Thatsache beruhet, nicht angegeben hat [13]). Daher wurde denn auch von den älteren Juristen gelehrt: »quod testis non reddens rationem dicti sui non debilitat dictum testis reddentis causam« [14]).

3. Schon unter 2) ist angedeutet worden, daß das Zeugniß nicht auf ein Urtheil sich beziehen darf; nur eine Thatsache kann denn also hiernach, zufolge der Natur des Zeugnisses, Gegenstand des letztern seyn [15]); alle diejenigen Verhältnisse, welche in das Gebiet des Beweises durch Sachverständige schlagen, sind demnach der Regel nach ausgeschlossen [16]); daher hat man denn auch in einem Falle, wo der Beweis eines Sachverhältnisses, welches durch Sachverständige und Zeugen unternommen worden war, denselben nicht als zur Ergänzung durch einen Erfüllungseid für geeignet erachtet [17]).

4. Die Aussage des Zeugen muß auch ohne Unsicherheit, vielmehr mit Bestimmtheit und aus eigener Erinnerung geschehen. Jedoch wird hierbei nicht jede Benutzung von Urkunden

13) Stadt Niedenstein g. Wichdorfer Wiesenbesitzer, 22/7 1837. N. Samml. Entsch. des O. A. G. zu Cassel Th. VII Abth. 2 S. 597.

14) Bald. in l. 32 D. de leg. (l. 3) und Andere; vergl. darüber Hippolyt. de Mars. singul. 197 (l. c. T. II p. 642).

15) Beust in l. 31 D. de jurejur. n. 1145.

16) Ueber die Modification dieses Satzes vergl. N. Samml. v. O. A. G. Entsch. a. a. O. S. 594.

17) Schultheis g. Stadt Fulda [327] O. A. G. B. 15/3 1849.

ausgeschlossen. Als es sich nämlich in einem einschlagenden Falle von einem Zeugniß über einen umfangreichen Rechnungshaushalt und die Ermittelung des Betrags einer Stiftspräbende handelte, wurde angenommen, daß der Beweiskraft der Aussagen der als Zeugen benannte Stiftsbeamte keineswegs der Umstand entgegen stehe, daß die Zeugen ihre Angaben auf die Stiftsrechnungen gegründet hätten, im Gegentheil dieß ihre Glaubwürdigkeit noch erhöhe [18]).

5. Es muß auch ferner gegen die Richtigkeit jener Aussage nicht etwa eine Vermuthung begründet seyn [19]).

6. Weiter aber wird erfordert, daß, wenn der Beweisführer verschiedene Zeugen über einen und denselben Thatumstand producirt, die Aussage des einen derselben nicht etwa den des andern widerstreitet. Diese Singularität der Zeugen, — vorausgesetzt, daß sie eine »singularitas contraria et obstativa«, im Gegensatz zu einer »adminiculativa« ist, daß der Widerstreit nicht etwa nur in Worten, wie z. B. wenn der eine Zeuge von einem Thaler, der andere von dreißig Silbergroschen redet, sondern auch der That nach besteht, und daß endlich eine solche Verschiedenheit auf die Hauptsache nicht etwa nur auf Nebendinge sich bezieht, — hat zur Folge, daß die Aussage des einzelnen Zeugen durch den Widerstreit mit der des andern beseitigt wird, dergestalt, daß ihr die Wirkung eines zur Auflegung des Erfüllungseids sich eignenden unvollständigen Beweises nicht beigelegt werden kann. Das war die Ansicht, wie sie, auf den Grund der Annahme schon in der Glosse, frühzeitig namentlich im sächsischen Processe festgehalten wurde [20]).

Zur Verhütung des dem Beweisführer aus der Benennung

---

18) Fisc. Pr. g. Wiederhold [9442] 8/11 1845. Vergl. N. Samml. O. A. G. Entsch. a. a. O. S. 596.

19) Beust, in l. 31 D. de jurejur. n. 1144.

20) Chil. König, Practica und Proceß (J. 1581), Cap. 81: „Vnd die einlitzigkeit („Singularitas") der gezeugen stehet nicht darinn, das sie in den vmbstenden der sachen, darinne sie gezeugen, nicht vbereinkommen, sondern wo sie in der hauptsachen zweytrechtig sind. Als wenn ein gezeuge saget, es sey also, der ander saget von einem andern thun, der dritte dergleichen auch von einem andern, ꝛc. — Vnd ob die gezeugen in worten nicht vberein kommen, darumb sind sie nicht einlitz, wo sie anders in der meinung, vnd also in einem effect zugleich

mehrer Zeugen über denselben Thatumstand in der angedeuteten Hinsicht drohenden Nachtheils wurde dann der Rath gegeben, vor der Benennung der Zeugen sich zu vergewissern, daß ihre Depositionen nicht in Widerstreit treten würden und im Fall ein solcher aus der vorläufigen Befragung sich ergäbe, alsdann die Production nur etwa auf einen, wenn auch erheblichen, Zeugen zu beschränken [21]).

Verschieden von dieser Singularität der Zeugen ist also der Fall, wo zwar allenfalls eine Abweichung in deren Angaben, aber entweder nur in Nebenumständen oder wohl gar eine solche obwaltet, welche dem zu führenden Beweis unterstützend hinzu tritt, eine contrarietas adminiculativa, wie man sie zu nennen pflegte, also vorliegt. Unter solchen Umständen sollte der in diesem Widerstreite liegende Mangel des Beweises allerdings durch den Erfüllungseid ergänzt werden können. Es lag diese Modification in der Natur der Sache, wenn gleich die dafür allegirten besondern Vorschriften [22]) eine ausdrückliche Bestätigung nicht enthielten.

In der Praxis wird denn auch die Verbindung solcher singulärer Zeugen, deren Aussagen sich einander unterstützen können, für einen Fall angenommen, in welchem eine Ergänzung durch den Eid statthaft erscheint [23]), z. B. in dem Fall, wo in Beziehung

---

stimmen." — „Vnd den einlitzen gezeugen, so der gleich viel sind, wird weniger denn einem gezeugen allein geglaubt, denn sie machen keine halbe beweisung, darumb wird auch auff jhre aussage der eyd zu erfüllung der beweisung, et sic juramentum necessarium, nicht gestattet —". — J. C. Naevius (Prof. zu Wittenberg, 1710) tr. de juram. P. III cap. 11 (pag. 299).

21) Ch. König a. a. O.: »Nota optimam cautelam: Volens enim producere testes, antequam eos producat in judicium, cum eis loquatur, et si audierit eos in suo sermone singulares, non producat nisi unum testem et tunc unus solus testis facit semiplenam probationem. — Nec mireris in eo quod dico, partem debere alloqui testes, antequam eos producat, quia hoc est permissum volenti producere testem, ut cum instruat ad deponendum dictum suum, non autem permissum, ut eos instruat, qualiter dicat. Quia fraus non est parare probationes —.«

22) Man berief sich dabei insonderheit auf cap. 33 X. de elect. (1. 6); c. 9 X de prob. (2. 19); Naevius l. c.

23) Steinbach g. Jötter, 1825; Riemann g. Waldecksche Rentkammer [710] 13/9 1834, in Erw.: „daß — das Factum der durch den Fürsten G. geschehenen

auf eine bestrittene Erbschaftsantretung durch mündliche Erklärung dreier Zeugen Aeußerungen des Erben beurkundet wurden, die man in letzter Instanz für solche erkannte, woraus auf eine solche Antretung geschlossen werden könne [24]), oder wo in dem Fall des Streits über das von einem Diener klagend verfolgte Diensteinkommen, von zwei Zeugen der eine den Beweissatz ganz, der andere aber nur theilweise die Beziehung eines Diensteinkommens-Betrags, nicht auch, wie der erstere, daß solches ein ständiges gewesen sey, versicherte [25]).

Sonst beweisen Singular-Depositionen der Zeugen an sich die dadurch bekundete Thatsache nur unvollständig und es darf daher, wenn diese Thatsache nur mittelbar den Beweissatz darzuthun vermag, auf jene der Erfüllungseid nicht erkannt werden [26]). Wenn aber von mehrern abgehörten Zeugen keiner bekundet, daß bei dem von ihm wahrgenommenen Vorgang der andere Zeuge ebenfalls anwesend sich befunden habe, so stellen sich dann die Aussagen jener Zeugen als despositiones singulares dar, die nach den bisher erwähnten Andeutungen zu beurtheilen sind [27]).

Diese Grundsätze werden später, wenn specieller von dem durch Präsumtionen überhaupt geführten unvollständigen Beweis die Rede seyn wird, weiter berührt werden.

Einmischung in die fragliche Erbschaft als vollständig erwiesen anzusehen seyn würde, wenn nicht der Umstand, daß immer nur ein einzelner Zeuge über die verschiedenen, in die Beweisführung aufgenommenen Thatsachen ausgesagt hat, entgegenstände; — daß indessen die Verbindung singulärer Zeugen, wobei, wie im vorliegenden Falle, der von dem einen Zeugen bekundete Umstand einen Vermuthungsgrund für den von einem andern ausgesagten abgibt, einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit gewährt und hiernach der Beweis des Appellanten wenigstens für so weit erbracht zu halten steht, daß demselben nur noch der Erfüllungseid aufzulegen ist." Vergl. die O. A. G. Entsch. in S. v. Canstein g. Bauer [4844] 1838.

24) Goslar g. Meier [8085] O. A. G. Besch. 28/10 1843.

25) Auch hier kam es zum Ergänzungseide, Barthel g. Stadt Melsungen [8950] O. A. G. Besch. 18/10 1845.

26) Weichselfelder g. Becker [2896] 1831.

27) Berger ux. g. ihr. Ehem. [3523] 1836.

§. 16.

4. Ob im Falle formwidriger Abhörung der Zeugen?

Wenn man [28]) sodann auch in dem Fall einen zur Ableistung des Erfüllungseids geeigneten unvollständigen Beweis zugelassen hat, wo in der Vernehmung mehrerer, obgleich unverdächtiger, Zeugen ein Versehen vorgefallen war, z. B. jene bei unterbliebener Vorladung des Gegners, — oder vor dem unzuständigen Gerichte, — oder ohne vorgängige Beeidigung rc. stattgefunden hatte, — so läßt sich das nicht rechtfertigen, weil in Fällen dieser Art die Vernehmung der Zeugen unwirksam ist, also auch nicht zu dem in Rede stehenden Zwecke unvollständig beweist [29]).

Zweites Kapitel.

§. 17.

Unvollständigkeit des Beweises durch Sachverständige.

Verschieden von dem bisher erwähnten Fall, wo der Beweis durch Zeugen unvollständig erbracht worden, ist der im §. 15 (S. 61) unter Nr. 3 bereits angedeutete, wo dasselbe vom Beweis durch Sachverständige gilt, durch das Gutachten derselben also der Beweis nicht genügend erbracht wird; denn hier vermag regelmäßig der Schwörende Kenntniß vom Gegenstand der Eidesleistung nicht zu haben. Manche Rechtslehrer [30]) verwerfen daher hier den Erfüllungs-, wie den Reinigung-Eid; andere lassen ihn unter ge-

---

28) Vergl. z. B. Naevius l. cit.

29) In Beziehung auf den ersten Fall ist zu vergleichen: cap. 2 X. de test. (2. 20) verb.: »Ecce admonendus est semper adversarius, ut ad audiendos testes veniat; quod. quia hic omissum est, necesse est, ut quod contra legem actum est, non habeat firmitatem«; l. 19 C. de test. (4. 20); — über den zweiten: Nov. 6 cap. 2; — über den dritten: c. 1 C. 4. qu. 2. 3. Rücksichtlich dieser Voraussetzung und der auf das Alter des Eidespflichtigen sich beziehenden Vorschriften ist auch nachzusehen: N. Samml. bemerkensw. Entsch. des O. A. Gerichts zu Cassel, Th. VII Abth. 2 S. 589 fg.

30) Claproth, ord. Proc. §. 316; Danz, ord. Proc. §. 357. — S. dagegen: Mühlenbruch im Grundriß rc. §. 355.

wissen Modificationen zu, wie Gönner[31]). Am richtigsten unterscheidet wohl Gensler[32]). Im Fall durch das Gutachten der Sachverständigen das Gewesenseyn oder Geschehenseyn einer reinen Thatsache ausgemittelt werden soll, über deren Wahrheit oder Nichtwahrheit also dem Gegner auch ein Schiedseid angetragen werden könnte, soll danach der Richter befugt seyn, das ungenügende Gutachten des Sachverständigen durch einen solchen nothwendigen Eid ergänzen oder entkräften zu lassen. Der Gegenstand dieses Eides bildet dann das thatsächliche Beweisthema oder auch die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer dem Gutachten als Untersatz zum Grund liegenden Thatsache. So enthält z. B. das Bestehen und Bestandenhaben eines Courses von Papieren eben so wie die Händel Dritter, auf deren Preisbestimmung gleichsam compromittirt wird, eine wirkliche Thatsache; der zu beschwörende Satz bezieht sich also auf das eigentliche Zeugniß, im Gegensatz der Aeußerung aus einer Sachkenntniß und so wie über den Werth einer Sache oder Arbeit die Zuschiebung des Eides für zulässig angenommen worden ist[33]), so hat man auch die Auflegung eines Eides zur Ergänzung des durch Sachverständige versuchten Beweises für statthaft erkannt[34]). Wenn dagegen das Urtheil der Sachverständigen über ein Künftigseyn oder Künftigwerden, oder ein solches Gewesenseyn oder Jetztseyn sich ausspricht, dessen Existenz nur als ideales Resultat besonderer Kunstregeln oder Sachkenntniß anzusehen ist, darüber z. B. ob ein Werk tauglich, meisterhaft sey; eine Mühle hinreichendes Gefälle und Wasser habe; —

---

31) Handb. Th. II §. 18; in dem Falle nämlich, wenn die Sachverständigen für die Behauptung eines Theils in der Art sprechen, daß sie solche nach den Regeln ihrer Kunst nicht als nothwendiges, sondern nur als wahrscheinliches Resultat erklären; nicht in der Richtung, um die Beurtheilung der Sachverständigen mit diesem Eid zur Gewißheit zu erheben, sondern nur um die factische Behauptung, welche für wahrscheinlich erkannt wurde, durch den Eid in juristische Wahrheit zu verwandeln.

32) Dessen Dictate, herausg. von Guyet, §. 108, D.

33) Isenburg g. Genth [1964] 1830; Hanau. Kriegsschuld. Comm. g. Braubach [5060] 1832; Theis g. v. Seyboltsdorf, 1834. Vergl. diese Schrift, Abth. II S. 159.

34) a. d. Winkel g. v. Derenthal [3449] 1836.

alsdann vermag, eben weil eine Partei zwar die Eigenschaft eines Zeugen nicht aber die eines Sachverständigen annehmen kann, der Beweis durch einen richterlichen Eid so wenig ergänzt, als vernichtet zu werden, vielmehr tritt hier ein anderes richterliches Nothrecht ein; das nämlich, andere Sachverständige als Gehilfen des Richters heranzuziehen. Die Praxis schreitet denn auch in einem solchen Falle nicht leicht zur Auferlegung des Notheids, insonderheit des Ergänzungseids.

Ein hier einschlagender Fall war der, wo einem Lithographen der Verkauf eines Bildwerks polizeilich untersagt worden war, von welchem er behauptete, daß er, wegen des zu dieser Zeit obgewalteten Interesses im Publicum für den geschilderten Gegenstand, einen näher bezeichneten Gewinn durch den Verkauf würde haben machen können, weshalb er denn den Staatsanwalt auf Schadensersatz belangte. Das O.A.Gericht zu Cassel nahm an, daß die Existenz eines Schadens in diesem Falle schon in der Verhinderung des Klägers in Ausübung seines Gewerbes hinsichtlich des gedachten Handelsartikels gefunden werden müsse, die Ermittelung des Betrags aber nur durch Sachverständige habe geschehen können. Da nun diese ihr auf technische Gründe gestütztes Gutachten einstimmig dahin abgegeben hatten, daß unter den dermaligen Zeitumständen ein Absatz von 2000 Exemplaren des fraglichen Bildes mit einem reinen Gewinn von 10 Groschen für das Stück zu erwarten gewesen wäre, während dasselbe gegenwärtig nur noch den Maculatur-Werth habe, so fand das Gericht in diesem Ausspruch nicht nur die Bekundung der bloßen Möglichkeit des Absatzes, sondern vielmehr die Bekräftigung desjenigen Grads der Wahrscheinlichkeit, welcher, der Natur des Falles nach, überhaupt zu erlangen stehe und nahm daher, „weil auch durch den Erfüllungseid weder eine volle Gewißheit, noch selbst ein höherer Grad von Wahrscheinlichkeit erreicht werden würde", den Beweis des Schadens als geführt an [35]).

---

35) Fisc. Pr. g. Geeh [5170] 8/4 1839.

Drittes Kapitel.

Unvollständigkeit des Beweises durch Urkunden.

§. 18.

Ueberhaupt.

Hat der Beweisführer der Urkunden sich bedient, so ist ein doppelter Fall in der vorligenden Hinsicht von Interesse. Entweder er bezieht sich auf eine Handschrift, welche wider seinen Gegner zeugt und angeblich von diesem ausgestellt oder unterzeichnet worden seyn soll; es wird aber vom Gegner die behauptete Authenticität bestritten. Oder der Beweisführer weist auf eigene schriftliche Beurkundungen hin und nimmt deren Beweiskraft in Anspruch. Für beide Fälle ist die Frage von Wichtigkeit: ob im Zweifel in jenem Fall über die Richtigkeit der Ausstellung, in diesem in Ansehung der Ausstellung und des Inhaltes eine Unvollständigkeit der Beweisführung zur Auflegung des Erfüllungseides führen könne.

§. 19.

1. Durch Schriftvergleichung.

In jenem ersten Falle, in welchem also der Beweisführer auf eine Handschrift des Gegners sich bezieht, soll beim Bestreiten der Aechtheit derselben, abgesehen von einem etwaigen Beweis auf anderem Wege, z. B. durch Zeugen [36]), Diffessionseid, nach den Gesetzen auch durch Vergleichung jener Schrift mit den Schriftzügen einer von dem Producten unstreitig herrührenden Urkunde, mittelst eines von Schreibkunstverständigen abgegebenen Gutachtens, also im Wege der Schlußfolgerung, der Umstand ermittelt werden können, ob dieses und jenes Document von demselben Autor herrühre. Der Gesetzgeber selbst findet aber in den verschiedenen

---

36) Ein besonders für Sachsen speciell geltendes Beweismittel; vergl. Carpzov Resp. Tit. VII resp. 84.

Stadien seiner legislatorischen Thätigkeit, auch in den beistimmenden Urtheilen der Sachverständigen nur einen sehr schwankenden Beweis der Aechtheit der in Zweifel gezogenen Urkunde [37]). Dieser ergibt sich denn auch schon aus der allgemeinen Betrachtung, daß verschiedene Individuen, welche einen gemeinsamen Schreiblehrer, dieselbe Schreibschule hatten, den Charakter ihrer Schriftzüge nicht stets sich ausschließlich zu bewahren in der Lage seyn würden, — daß der böswillige Schreiber für den Fall einer zukünftig anzustellenden Schriftvergleichung bei Abfassung der in Betracht kommenden Scriptur die seinem Vorhaben, zu hintergehen, entsprechende Verstellung mit Erfolg angewandt, oder überhaupt die nicht selten sich vorfindende Geschicklichkeit haben werde, fremde Handschriften in überraschender Weise nachzuahmen [38]). Hierin liegen vornämlich die Gründe, welche eine nähere Prüfung der rechtlichen und factischen Voraussetzungen, unter denen man den Beweis durch Schriftvergleichung als zur Auflegung eines suppletorischen Eides geeignet erachten kann, erfordern.

Wenn gleich schon vor Justinian die comparatio litterarum

---

37) So sagt Justinian schon i. J. 530: »Comparationes literarum ex chirographis fieri et aliis instrumentis quae non sunt publice confecta, satis abundeque occasionem criminis falsitatis dare et in judiciis et in contractibus, manifestum est,« l. 20 pr. C. de fid. instrum. (4. 21). Und als er acht Jahre später (538) den Schlußstein seiner Anordnungen legte, mußte er, unter Hinweisung auf ein erst jüngst, zu seiner Kenntniß gelangtes Beispiel, als Veranlassung zu dem weiteren Auskunftsmittel anführen: »Quoniam — in his temporibus innumeras invenimus falsitates in judiciis multis, quorum fuimus auditores, et quoddam inopinabile ex Armenia nobis exortum est.«

38) Vergl. das Beispiel, welches Mascard de prob. Vol. I concl. 330 (pag. 317) mittheilt, wonach ein gewisser Illico Baptista eine solche Fertigkeit in dieser Hinsicht entwickelt hatte, daß sich die nachgemachte Handschrift von der ächten nicht unterscheiden ließ; er wurde indessen der Fälschungen überführt und zu lebenslänglicher Kerkerstrafe verurtheilt. Daher mahnt Cavalcan. 2 decis. n. 62 den Richter, »ne magnum fundamentum faciat in sola comparatione, sed solum fumum«, und Colerus 3 de proces. 1 n. 96 nennt dieselbe »scripturae fallax et debile indicium, quod multi reperiantur, qui norint exacte in scribendo manum alterius imitari.« — Die Hanau. U. G. Ordn. v. 1764 §. 8 erklärt sie für ein sehr „mißlich und unsicheres, mithin nur in subsidium eingeführtes Mittel."

bei den Gerichten in Uebung war [39]), so wurde doch erst durch ihn eine näher eingehende, speciellere und umfassendere Regelung des Verhältnisses unternommen. Vorzugsweise war sein Augenmerk darauf gerichtet, die Authenticität des zur Vergleichung mit der streitigen Urkunde vorgeschlagenen Documents festzustellen.

Während vor seiner Zeit als eine solche, ihre Aechtheit vorausgesetzt, auch eine Privaturkunde benutzt werden durfte [40]), wurde, aus Besorgniß vor einer Fälschung, von Justinian anfangs zu dem Ende eine öffentliche, oder eine in einem öffentlichen Archiv bewahrte Urkunde erfordert [41]); jedoch auch eine von dem Producten früher zu ihrem Vortheile für sich selbst in Bezug genommene Privaturkunde zugelassen [42]), vorausgesetzt, daß sie entweder vom Gegner producirt oder vorher in einem öffentlichen Archive aufbewahrt worden war [43]).

Es ist schon angedeutet worden, weshalb diese Vorschriften nicht zum Ziele führten [44]) und dieß hatte die Nov. 73 zur Folge, in welcher die Voraussetzungen näher bezeichnet werden, unter denen eine Handschrift als Norm bei der Schriftvergleichung gebraucht werden soll. Im Allgemeinen ist darüber zu bemerken, daß deren Vorschriften nur für die Städte-, nicht aber für die Land-Bewohner gelten sollen, „ubi multa simplicitas, nec magna scribentium aut testium copia est", und daß ihr in Beziehung auf Rechtsgeschäfte Anwendung zu geben sey, bei welchen das Object „libram auri" übersteigt [45]). Zudem sollen beide Streit-

---

39) Quintilian, inst. orat., V, 5 in f.; l. 2 C. Th. ad leg. Corn. de fals. (9. 19); l. 22 C. eod. (9. 22); l. 16, 20 pr. C. de fid. instr. (4. 21); Nov. 73 pr.

40) l. 16, 20 pr. C. de fid. instr. (4. 21). Ummius disp. §. 27: »Sane olim indistincte pro quavis scriptura admissam esse constat ex l. comparationes (20) cit.«

41) l. 20 C. cit.

42) Nov. 49 cap. 2. Auth. Ad haec rel. C. 4. 21 (ad l. 20 cit.)

43) l. 9 §. 6 D. de poen. (43, 19); Nov. 15 c. 5 §. 2; Nov. 74 c. 4 §. 2; — Brisson. de Verb. sign. s. v. „Archiv." Spangenberg Archiv f. civ. Pr. II. 8.

44) »excrescente malitia eorum, qui adulterantur documenta«, wie es in prooem. Nov. 73 heißt.

45) Nov. 73 c. 8, 9; Auth. At si etc. C. de fid. instr.; »libr. auri« i. e. 72 aurei = 100 Ducaten etwa.

theile den Calumnien-Eid ableisten, der Producent insonderheit dahin, daß ihm kein anderes Beweismittel zu Gebote stehe [46]; der Product dagegen den gewöhnlichen Calumnien-Eid [47]). Endlich wird vorgeschrieben, daß nur insoweit die früheren Bestimmungen durch dieß neue Gesetz aufgehoben oder modificirt worden, jene als beseitigt zu erachten seyen [48]).

Im Einzelnen wird dann angeordnet:

1. daß das zum Maaßstab gebrauchte Document entweder ein öffentliches, namentlich vor einem Notar und zwei glaubwürdigen Zeugen aufgenommenes, seyn soll [49]). Die Bestreitung der Aechtheit desselben hat zur Folge, daß

a. der Notar solches eidlich zu bestätigen hat [50]).

b. Ist dieß wegen dessen inmittelst erfolgten Ablebens oder aus andern Gründen unthunlich, so ist dann erst die Aechtheit jenes Documents zu prüfen, und durch Vergleichung der Handschrift des Notars und eidliche Anerkennung durch die beiden Zeugen festzustellen [51]).

c. Sind die Zeugen auch dazu nicht im Stande, dann sollen, damit diese Urkunde als Norm bei der Vergleichung gebraucht werden könne, die Unterschriften der Parteien selbst sowie die des Notars und die der Zeugen, welche mitunterschrieben haben, mittelst Schriftvergleichung, oder in anderer Weise durch Sachverständige geprüft werden [52]).

d. Steht die Urkunde weder durch den Notar, noch durch die Zeugen, welche, ohne jene mitunterzeichnet zu haben, bei deren Aufnahme anwesend sich befanden, eidlich zu erhärten, so ist zwar auch hier mit jenem Schriftstück Vergleichung der streitigen Urkunde zuläßig, jedoch nicht mit dem Erfolge, daß der Beweis der Aechtheit der letzteren dadurch geführt werden

---

46) Nov. 73 c. 7 §. 3.
47) l. 1 C· de jurej. propt. cal. (2. 19).
48) Nov. 73 c. 9.
49) Nov. 73 c. 2, 5, 7, 8.
50) Nov. 73 c. 7.
51) Nov. 73 c. 1, 2, 5, 7.
52) Nov. 73 c. 1, 2, 5, 7.

könnte, wozu es vielmehr weiterer hinzutretender Umstände bedarf [53]).

2. Oder es muß die Privat-Urkunde, womit die in Zweifel gezogene verglichen werden soll, von drei glaubhaften Zeugen mit unterschrieben, oder doch in ihrer Anwesenheit errichtet worden seyn [54]). Soll im Fall der Bestreitung auch dieses Documents gleichwohl solches als Maaßstab bei einer Schriftvergleichung dienen, — alsdann müssen die Zeugen ihre Unterschriften resp. den Act selbst eidlich anerkennen. Im Fall der Unthunlichkeit eines solchen Acts treten die Bestimmungen bei 1 c resp. d ein [55]).

Der Widerstreit des Urtheils der Sachverständigen mit den Depositionen der Zeugen hat den Vorzug der letzteren, jedoch unter Vorbehalt des richterlichen Ermessens, zur Folge [56]), wonach denn der Stempel und die sonstigen Zeichen des Documents zu prüfen sind [57]).

Fragt man nun nach der Wirkung, welche man vor und nach Justinian dieser, unter den geeigneten Voraussetzungen vollzogenen, Schriftvergleichung beigelegt habe, so scheint es, daß früher beabsichtigt worden sey, einen vollständigen Beweis damit führen zu lassen [58]); Justinian dagegen hielt das mit Recht für bedenklich [59]).

Nach den bisher erwähnten Vorschriften des römischen Rechts wird also erfordert:

1. einmal die Nachweisung der Authenticität einer der Vergleichung zum Grund gelegten und als Maaßstab bei Prüfung der vom Producten in Zweifel gezogenen Urkunde.

---

53) Nov. 73 c. 1, 2, 4, 7.

54) Nov. 73 c. 1, 2, 5, 7. Unerfahrenheit eines Zeugen hat die Zuziehung von 5 Zeugen zur Folge. Nov. 73 c. 8.

55) Nov. 73 c. 1, 2, 4, 7.

56) Nov. 73 c. 3.

57) Nov. 73 c. 6; Nov. 44 c. 2.

58) l. 15 de fid. instrum. (4. 2): »In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.«

59) Nov. 73 praef.: »Novimus nostras leges quae volunt ex collatione literarum fidem dari documentis et quia quidam Imperatorum super excrescente jam malitia eorum qui adulterantur documenta, haec talia prohibuerunt: illud studium falsatoribus esse credentes, ut ad imitationem literarum semetipsos maxime exercerent, eo quod nihil est aliud falsitas, nisi veritatis imitatio.« Vergl. den Inhalt der Note 37 (S. 69).

Dieser Beweis kann durch die Eigenschaft jenes Documents als eines öffentlichen, oder gewissermaßen öffentlichen, also auch durch Beglaubigung, sowie durch eidliche Bestärkung der Richtigkeit durch wenigstens zwei Zeugen, mögen sie bei der Abfassung mitgewirkt haben oder nicht, geführt werden. Ob auch Privaturkunden zu dem Ende benutzt werden dürfen? mußte ebenfalls zweifelhaft seyn; von der Bejahung dieser Frage hing aber die Würdigung der weiteren Bedenken: ob Geständniß des Producten, Eidesdelation, nothwendiger Eid zulässige Beweismittel seyen, ab.

2. Hiernächst erst kann dann derjenige Act, wodurch die Schriftzüge in beiden Urkunden geprüft und verglichen werden sollen, vorgenommen und möglicher Weise auf die Uebereinstimmung hin eine Vermuthung geäußert werden. Ob aber auch ein sicherer Schluß, oder in welchem höheren oder niedern Grade jene Vermuthung statthaft sey? das sind Zweifel, welche man in späteren Zeiten durch ausdrückliche Gesetze oder durch die Praxis zu beseitigen versuchte.

Schon in der Glosse wurde zwar, unter specieller Vertheidigung durch Bartolus gegen Accursius [60]), angenommen, daß auch eine Privaturkunde zur Prüfung der bestrittenen gebraucht werden könne, einer auf diesem Wege erlangten Vermuthung aber, wenn nicht unterstützende Momente hinzutraten, nur die Wirkung eines halben Beweises, nach den früher ausgeführten Grundsätzen, beigelegt [61]). Daher unterschieden denn auch die älteren Rechtsgelehrten jener und der folgenden Zeit zwischen einer plena probatio und einer semiplena in dem Sinne, daß jene vom Richter anzunehmen sey, wenn z. B. einer der Zeugen seine Gegenwart bei dem Testamente, um welche es sich handelt, bekundet, oder der zum Acte der Errichtung desselben berufene

---

60) welcher in l. 3 §. 1 D. de test. behauptete: »dictam comparationem facere plenam probationem et ita se vidisse, communiter observari affirmat Albericus in l. comparationes C. eod. tit.

61) Auth. at si contractus C. de fid. instr. (4. 21): Glossa ibid. »soli«.

Notar solche aufgenommen habe [62]). Andererseits wurde aber die Schriftvergleichung insofern beschränkter als früher aufgefaßt, daß sie ausgeschlossen seyn sollte, wenn die mitinstrumentirenden Zeugen gestorben oder sonst zur Anerkennung ihrer Unterschriften nicht im Stand seyen [63]) und dieser Satz erhielt im canonischen Rechte ausdrückliche Bestärkung [64]).

Die späteren Commentatoren [65]) führten die Voraussetzungen, unter welchen die Schriftvergleichung in gehöriger Weise vorgenommen werden müsse, auf folgende Punkte zurück: Der Richter, welcher übrigens selbst dieß Geschäft besorgen kann, hat, wenn er das nicht vorzieht, 1. zwei Schreibverständige auszuwählen. 2. Diese haben vor der Besorgung des ihnen aufgetragenen Geschäfts eidlich zu erhärten, daß sie nicht um Gewinns, Gunst oder Freundschaft willen demselben sich unterziehen wollten. 3. Die zum Maaßstab dieser Beurtheilung gewählten Scripturen müssen aber mit völliger Bestimmtheit und Sicherheit von demjenigen herrühren, welcher die in Streit gezogenen verfertigt haben soll und nicht etwa den Schreibverständigen, sondern dem Richter gegenüber festgestellt werden. Diese Gewißheit wird dann einmal auf die bereits in den Gesetzen erwähnte Weise gegründet, daß nämlich der Urkunde der Charakter der Oeffentlichkeit beiwohne, oder solche durch drei oder zwei Zeugen unterschrieben sey und von diesen, daß jene authentisch sey, vor Gericht versichert werde. Man hob aber auch jetzt in Beziehung auf Privaturkunden den Satz der Glosse bestimmt hervor, daß eine solche Feststellung

---

62) Jac. Menoch. de arbitr. jud. lib. II cent. 2 cas. 114 n. 25 (pag. 222). —

63) Auth. si quis C. qui pot. in pign. (8. 18) verb. »ut sive veniant«; Bartol. ad Auth. cit. §. si quis igitur, Nr. 9.

64) c. 2 X. de fid. instr. (2. 22): »Scripta vero authentica si testes inscripti decesserint (nisi per manum publicam facta fuerint ita, quod appareant publica, aut authenticum sigillum habuerint, per quod possint probari) non videntur nobis alicujus firmitatis robur habere.«

65) Vergl. über die Bedeutung und Wirkung der Schriftvergleichung in besonderer Beziehung auf die verschiedenen Arten von Urkunden, vorzugsweise Menoch. l. cit. pag. 220 seq., woselbst er 11 verschiedene hier in Betracht kommende Fälle aufführt und erörtert.

begründet werden müsse; „scripturis, vel quibus est usus in judicio, vel quas sua manu scriptas fateretur, et in summa ex omni alia scriptura modo certa sit“ [66]), insbesondere durch eine in einem Archiv aufgefundene Urkunde; nicht aber auch durch eine von Andern vorgenommene Schriftvergleichung, „quia res in infinitum tenderet, et quia ex comparatione nunquam vera habetur certitudo“. 4. Weiter wurde verlangt, daß die Schreibverständigen die Handschrift in allen einzelnen Theilen genau prüften [67]); sowie 5. daß dieselben dem Richter ihr Gutachten abgäben, dessen Ermessen ein großer Spielraum überlassen blieb. Endlich 6. wird vorausgesetzt, daß dem Beweisführer, welcher die Schriftvergleichung begehrt, außer derselben weitere Beweismittel nicht zu Gebote stehen [68]).

Diese Lehre kann man als die Grundlage für das in Deutschland wenigstens lange Zeit hindurch bestandene Recht ansehen [69]). Damit war indeß nicht ausgeschlossen, daß das schon früher erwähnte Bedenken wider die Zuläſſigkeit dieses Beweismittels, vor Allem aber gegen

---

66) »Conclusionem procedere in qualibet scripturarum comparatione, videlicet tam apochae, epistolae et similium scripturarnm.« Mascard l. cit. und die in dieser Hinsicht daselbst angeführten Juristen. — Ummius disp. 17. §. 27 (pag. 751) gibt der oben erwähnten gesetzlichen Unterscheidung zwischen auf dem Lande und in der Stadt verfertigten Urkunden folgende praktische Bedeutung: »Imo tota res sic dirigenda est. Refert enim, an privatum instrumentum ruri confectum sit, an in urbe. Si ruri agnoscemus sola comparatione ipsi plenam fidem acquieri, super quacunque etiam summa fuerit confectum (Nov. 73 c. 9). Diversum statuendum, si res in urbe transacta.« Hier soll denn die Frage: ob durch die Schriftvergleichung voller Beweis erbracht werde, oder nur eine »aliqualis probatio« von dem Umstande abhängen, ob das Object, worauf die Schrift sich bezieht, weniger oder mehr als eine libra auri beträgt.

67) Wie Baldus in l. comparationes n. 18 sagte: »periti inspiciant singulas literas, seu elementa, dictiones elementorum verborumque tractus, signa, stylum et his similia.«

68) Vergl. insonderheit: Menoch. l. cit.

69) Vergl. unter Anderen: Setser tr. de juram. lib. IV c. 12 n. 10 (p. 478); Nicolai, proc. judic. (J. 1697) cap. 27, n. 10 (p. 535). Im Uebrigen vergl. ü. die Literatur: Glück Com. Th. 22 S. 87 fg.; Martin bürg. Proc. §. 203; Linde Civ. Pr. §. 289; Heffter System d. Civ.-Proc. §. 251.

den Satz, daß durch solches voller Beweis geführt werden könne, sich mehr oder minder dringend geltend machte. Nur einige Zeugnisse aus einzelnen Territorien Deutschlands mögen hier erwähnt werden. So wird zwar z. B. für Würtemberg von W. A. Schöpf [70]), unter den verschiedenen Mitteln einen halben Beweis zu erbringen, auch das der comparatio literarum in Beziehung auf Urkunden erwähnt, vorsichtig indeß hinzugefügt: „Quamvis tutius et verius prudentis judicis arbitrio relinquatur, quaenam probatio ex comparatione literarum oriatur". Auch für Chursachsen war die letztere in früherer Zeit in Uebung und erweitert durch die Vorschrift, daß eine Urkunde selbst durch Zeugen (recognitores documentorum), welche weder solche mit unterschrieben, oder den Producten sie unterzeichnen gesehen hätten, durch die Angabe also bewiesen werden könne, daß sie die Schrift als von der Hand desselben herrührend hielten [71]). Die Rücksicht darauf, daß sich in Ansehung dieses Beweismittels ein nur unbedeutender Nutzen herausstelle, indem dadurch nie ein vollständiger Beweis zu erbringen stehe, der Reinigungseid aber mit dem Diffessionseide zusammenfalle, mag denn auch der Anlaß gewesen sey, daß durch die erläuterte sächsische Gerichtsordn. [72]) sowohl die Schriftvergleichung, als auch die Recognition durch Zeugen in dem erwähnten weiteren Sinne beseitigt wurde [73]), woneben dann der Beweis durch zwei unverdächtige Zeugen, welche bei der Unterzeichnung der Urkunde gegenwärtig gewesen waren, oder welche die Anerkennung der letzteren durch den Producten bekundeten, oder bekräftigten, daß dieselbe mit den ihnen bekannten Schriftzügen des angeblichen Ausstellers übereinstimmten, zum Zwecke des Beweises der Recognition oder der Auferlegung des Ergänzungseids für zulässig erachtet wurde.

Die in Hessen rücksichtlich der Schriftvergleichung geltenden

---

70) process. appell., (a. 1748) cap. 17 (p. 372).

71) Carpzov resp. Tit. VII resp. 84 (p. 583). Sächs. Proceßordn. XXV, 4.

72) XXV, 5.

73) Gribener princ. proces. judiciarii (Jen. 1733) lib. I. c. 3 sect. 3 §. 8 (p. 165).

Grundsätze stimmen im Allgemeinen mit den römisch-rechtlichen Bestimmungen überein und enthalten nur, namentlich in Beziehung auf das für das Fürstenthum Hanau geltenden speciellen Gerichtsordnungen, einige Modificationen. Die Sammthofgerichtsordn. v. 5. May 1673 [74]) enthält hierüber einige Bestimmungen, welche auf das, wie erwähnt, in Chursachsen früher bestandene Verfahren des Beweises von bestrittenen Urkunden mittelst Zeugen („recognitores“) und Schreibverständige hinweisen. Nachdem nämlich bei solcher Bestreitung der Originalia überhaupt dem Producenten ferner nichtsdestoweniger vorbehalten wurde, „Beweisthum per recognitores, oder andere Wege“ zu führen, — heißt es in specieller Beziehung auf das Erforderniß der Recognition ꝛc. auch der „Sigill und Signeten“, daß „wan er (Product) sie diffitiren würde, der Producent dasjenig, so diffitirt ist, wie recht, verificiren, oder wan ers nicht thun würde, dasselbig in Recht entgelten mag.“

Im Laufe des v. Jahrhunderts (im J. 1764) kamen sodann die auf die Schriftvergleichung sich beziehenden Grundsätze bei den Gerichten und zwar namentlich in letzter Instanz [75]) zur näheren Erörterung und die damals, so wie in späteren Entscheidungen des O. A. Gerichtes angenommenen Principien lassen sich in folgenden allgemeinen Puncten zusammen fassen.

1. Die im römischen Rechte enthaltenen Vorschriften sind auch im Allgemeinen die in Hessen anwendbaren [76]).

2. Es ist danach der Fall zu unterscheiden, in welchem der Beweis der Aechtheit einer Urkunde durch Zeugen, von dem, wo er durch Sachverständige zu führen versucht wird.

3. Wenn gleich nach dem gemeinen Processe jener, der Zeugenbeweis, unzulässig erscheint, so ist er doch nach einer speciellen Vorschrift des vaterländischen Rechts [77]) electiv mit dem

---

74) §. 10 und 11. (N. Samml. d. Landesordn. I. 213.)

75) Decis. Cass. T. I dec. 136.

76) Das ergibt sich daraus, daß in der gedachten Decision auf jene Grundsätze ausdrücklich hingewiesen wird.

77) Hanau. Unterger.-Ordn. v. 1764 Tit. XVIII §. 9: „Sagen die Zeugen aus, daß sie den Producten das streitige Document ausstellen, unterschreiben oder untersiegeln selbsten gesehen, oder auch von Ihme, dem Producten,

Beweise durch Schriftvergleichung von Seiten Sachverständiger für zulässig erklärt worden [78]). Hierbei ist man denn davon ausgegangen, daß, da die Aussage des Zeugen auf eigener Wahrnehmung beruhen müsse, es ungenügend erscheine, wenn derselbe nur darüber sich äußere, daß ihm die Handschrift der als Aussteller der Urkunde bezeichneten Person bekannt gewesen sey und er diese für den Aussteller der Urkunde halte; indem dieß auf ein Urtheil, das nur Sachverständigen abgefordert werden kann, sich beziehen würde. Als daher in einem Falle, wo eine Abschrift der Originalurkunde vorgelegt und ein Zeuge, welcher jene beglaubigt hatte, vorgeschlagen worden war, dieser aber erklärt hatte, daß die letztere von der Hand des Ausstellers geschrieben worden sey, so wurde angenommen, daß, wenn auch dieser Zeugenbeweis an und für sich nicht ausgeschlossen sey und im günstigsten Falle die Zulassung des Producenten zum Erfüllungseide zur Folge haben könne, derselbe vorliegend doch deshalb als unstatthaft sich darstelle, weil die Tendenz eines solchen Zeugenbeweises wesentlich dahin gehe, die Ableistung des Diffessionseides, wozu sich der Product erboten habe, zu verhindern, das Vorhandenseyn einer eidlich zu diffitirenden Original-Urkunde also voraussetze, bei dem Mangel einer solchen aber jener Beweis um so mehr für unzulässig gehalten werden müsse, als ohne diese Voraussetzung dem Producenten die Möglichkeit, die Zeugen-

---

gehört haben, daß er sich dazu bekenne; so macht dieses einen solchen vollständigen Beweiß aus, daß die eydliche Diffession productischer Seiten völlig nicht nur hinwegfällt, und das Document mit gänzlichem Verlust aller Exceptionen vor recognoscirt zu halten ist, sondern es sollen Ihme, dem Producten, über das auch die auf das vorsätzliche Abläugnen in denen Rechten gesetzten Straffen erschienen seyn —. Versichern die eydlich abgehörte Zeugen hingegen nur (de credulitate), daß sie die ihnen wohlbekandte strittige Hand und Siegell des Producten vor die seinige gewiß halten: so beruhet hinwiederumb auf richterlichem Ermessen, ob der Producent dieserthalb zum Erfüllungs-Eydt, oder aber der Product zu deme den Reinigungs-Eydt abgebenden Diffessions-Eydte zu lassen seyn."

78) Im Executivprocesse findet nach speciellen Particular-Rechtsnormen in Hessen die Schriftvergleichung nicht Statt; der Implorant begibt sich vielmehr durch Ergreifung dieses Beweismittels in den ordentlichen Proceß, in welchem er sodann in rechtlicher Ordnung hierzu zugelassen wird, Han.-Hofger.-Ordn. v. 17/1 1747, Tit. 11 Art. 34 §. 183; Han. U. G. O. Tit. 39 §. 4.

aussage durch Sachverständige und Schriftvergleichung zu entkräften, gänzlich entzogen seyn würde [79]).

4. Was diesen, den Beweis durch Schriftvergleichung mittelst Schreibverständiger, anlangt, so ist er ein außerordentliches Mittel, welches nicht anders Statt findet, als wenn alle sonstigen Beweismittel fehlen [80]); und nach welchem schon ehedem kein anderweiter oder besserer Beweis mehr zuläßig war; wohingegen, den Umständen nach, der Erfüllungs- oder der Reinigungseid zugelassen wird [81]).

5. Zu seiner Rechtsbeständigkeit wird erfordert, daß die Handschrift, auf deren Grund die Aechtheit der streitigen festgestellt werden soll, entweder aus einem öffentlichen Archiv entliehen, oder von Zeugen unterschrieben, oder, da es hier nur auf Gewißheit der zu vergleichenden Handschrift ankommt [82]), vom Producten, weil er sie z. B. in einer andern Sache für sich in Bezug genommen, anerkannt ist [83]).

Für den Fall, daß es an einer zur Vergleichung dienenden Schrift, welche erwiesenermaßen von der Hand des angeblichen

---

79) Hanau. Consistor. der niederländ. Kirche g. Norwich [3800] O. A. G. Besch. v. 21/1 1837.

80) Decis. Cass. cit. n. 15. Der Producent soll schwören: „se omni alia probatione destitutum ad comparationem literarum venisse, nec quidquam circa eam fecisse aut machinatum esse, quod forte veritatem occultare possit.“

81) Decis. Cass. cit.

82) Heffter System d. Civilproc. §. 251 (S. 304); Gönner Handb. B. II Nr. 46 §. 16 (S. 483), welcher jenen Erfordernissen des römischen Rechts gegenüber bemerkt: „Allein der Gerichtsgebrauch geht von dieser Strenge aus überwiegenden Gründen ab, da jedes Mittel, die Gewißheit der Schrift herzustellen, von gleicher Wirkung seyn muß.“

83) In dem angeführten Falle der decis. Cass. 136 hatte der Schutzjude M. gegen die Kinder und Erben des Obersten v. M. einen Wechsel über 2120 Thlr. eingeklagt. Die Verklagten bestritten die Unterschrift und das Siegel als ächt und wurden in erster Instanz zum Diffessionseid zugelassen. Auf den Antrag des Klägers wurde demselben in letzter Instanz Beweis durch Schriftvergleichung gestattet; in Folge dessen versuchter Führung aber schließlich die Klage zurückgewiesen. Unter den Gründen war auch der hier in Betracht kommende, daß die Urkunde, nach welcher die Vergleichung der streitigen vorgenommen worden war, „lange Zeit in den Händen eines berüchtigten Juden gewesen sey.“ — Die Hanau. U. G. O. §. 8 enthält die Vorschrift, es solle „die Vergleichung der strittigen Handschrift vor allen Dingen mit einer solchen andern, so der Pro-

Ausstellers der abgeleugneten Urkunde herrührt, fehlt, wird in neueren Gesetzen andrer Länder [84]) sehr zweckmäßig bestimmt, daß „der Product auf Antrag des Producenten soll angehalten werden können, nach der Angabe und dem Dictate des Richters Etwas niederzuschreiben und daß, wenn er sich dessen weigert, alsdann die streitige Urkunde für anerkannt anzunehmen sey, vorausgesetzt, daß es unzweifelhaft wäre, daß er schreiben könne."

6. Die streitige Handschrift muß sodann auch noch vorhanden seyn; widrigenfalls von dieser Beweisart nicht die Rede seyn kann, indem dabei namentlich nicht die Zeugenaussage solcher Personen, welche die Urkunde früher gesehen haben und sich der Unterschrift noch genau erinnern, zu Hilfe genommen werden darf [85]).

7. Die Wahl und Bestellung der Schreibkundigen geschieht nach den für Sachverständige überhaupt geltenden Vorschriften [86]) und ist dabei insbesondere die für die Hanau'schen Gebietstheile geltende [87]) zu erwähnen, „wonach beyde Theile, jeder einen Schreibverständigen vorzuschlagen, oder (wenn über diesen oder jenen Vorschlag eines Subjects Streit entstände) der Richter solchen, oder auch beyde von Amtswegen zu ernennen und anforderst in die gehörige Eydespflichten (wofern ihnen solche von denen Partheyen nicht erlassen werden) zu nehmen haben."

8. Für die Art und Weise, auf welche die Schreibverständigen bei ihrer Begutachtung, welcher übrigens eine Beeidigung vorauszugehen hat [88]), zu Werke gehen müssen, bestehen, abgesehen von der allgemeinen Bestimmung, daß »omni diligentia procedendum«, in Hessen keine speciellen gesetzlichen

---

duct vor seine eigene Hand entweder selbsten anerkennet, oder wovon man andererstalt zur genüge versichert ist, daß es die Seinige ganz ungezweifelt ist, anstellen."

84) z. B. in der allgem. Hannöv. Proc.-Ordn. v. 8. Nov. 1850 §. 335.

85) Eschstruth g. Stöber, O. A. G. Erk. v. 1823.

86) wonach beide Theile, „zur Vermeidung derer votorum parium" in wichtigen Sachen dergleichen in ungleicher Zahl, z. B. drei oder fünf vorzuschlagen, oder im Fall nicht erfolgender Vereinigung das Gericht deren einige von Amtswegen zu erwählen und zu diesem Acte auf Begehren des einen oder andern Theils specialiter zu beeidigen hat", U. G. Ordn. v. 9. Apr. 1732, Art. IV §. 15.

87) a. a. O. §. 8.

88) Nov. 73 c. 7.

89) l. 21 C. de fid. instr. (4. 21). — Appel g. Appel [8326] 20/4 1844. — Die allgem. Preuß. Gerichtsordn. Tit. X §. 152 enthält die Formel:

Vorschriften. Es muß hiernach dem Richter genügen, wenn das Gutachten sich bestimmt entweder für die Aechtheit desselben, oder für das Gegentheil ausspricht und wenn dasselbe eine mit diesem Urtheile im Einklang stehende Motivirung enthält [90]).

9. Abgesehen von besonderen, die Angabe einer protocollarischen Erklärung erfordernden Bestimmungen [91]), wird dieses Gutachten schriftlich zu den Acten überreicht werden können.

10. Das Ergebniß dieser Beweisführung wird sodann, nachdem dieses Gutachten erstattet worden ist, dahin ausgesprochen, daß

a. im Fall die Sachverständigen zwischen beiden Handschriften keine oder doch keine vollständige Gleichheit finden, oder, im Fall sie verschiedener Meinung sind, der Beweis für mißlungen zu erachten und es also namentlich bei dem Diffessionseide, wenn der Product solchen anerboten hat, zu belassen ist [92]).

b. Nehmen aber die Schreibverständigen an, daß beide Handschriften von einem Autor herrühren, so soll selbst dann noch keineswegs, ohne hinzutretende besondere Gründe, auf den Ergänzungseid, vielmehr soll nach den Umständen auf den Reinigungseid erkannt werden können [93]).

Nur unter dieser Modification also hat auch die in oberster

„daß sie (die Sachverständigen) die Vergleichung der ihnen vorzulegenden Handschriften nach ihrem besten Wissen und Gewissen, mit allem Fleiß und Genauigkeit anstellen, ihren Befund darüber der Wahrheit und ihrer Ueberzeugung gemäß, angeben, und dieß weder um Nutzen, Geschenk, Gaben oder Gunst, noch um Haß, Freundschaft, Feindschaft oder einer andern Ursache wegen unterlassen wollen."

90) Dahin hat sich das O. A. Gericht in einem Erkenntniß in S. Laubach g. Laubach [3869] 26/7 1837 ausgesprochen.

91) Eine solche ist enthalten in der Hanau. U. G. Ordn. §. 8.

92) Diese aus der Natur des Verhältnisses sich ergebende Folge hat ihre ausdrückliche Anerkennung in der Hanau. U. G. O. a. a. O. gefunden.

93) Han. U. G. O.: „Halten sie, die Schreibverständigen aber beyde Hände vor einerley, so soll dieses einen halben Beweiß so schlechterdings noch nicht ausmachen, sondern der Richter selbsten wohl betrachten und nach denen Umständen ermessen, ob dem Producenten der Erfüllungs- oder dem Producten der Reinigungseid (welcher solchenfalls mit dem Diffessionseyd gänzlich übereinkommt) aufzulegen sey."

Instanz geprüfte und gebilligte Praxis in Hessen den zur Auferlegung des Ergänzungseides erforderlichen unvollständigen Beweis durch Schriftvergleichung für erbracht angenommen [94]).

---

94) z. B. in S. Uhl g. Kaufmann, 1827. In diesem Falle war einem Kläger der Beweis eines Darlehns von 575 fl. auferlegt worden, da der Verklagte die Unterschrift unter der Schuldurkunde abgeleugnet hatte. Der Kläger benannte Sachverständige und Zeugen. Jene bekundeten einhellig, daß nach ihrem Dafürhalten jene Unterschrift und die Unterschriften von vier producirten Aufsätzen von einem und demselben Manne herrührten, d. h. sich gleich seyen. Diese bezeugten zwei Thatsachen; der eine Zeuge: daß der Verklagte eines Tages dem Kläger 8 Kronenthaler, als einen Theil der Interessen, mit der Zusage, den Rest binnen 6 Wochen berichtigen zu wollen, gezahlt habe; der andere Zeuge deponirte, daß er auf Veranlassung des Sohns des Verklagten beim Kläger das Darlehn vermittelt und daß der Verklagte dasselbe danach bei solchem in Empfang genommen, gesehen habe. Es wurde hier der Erfüllungseid dem Kläger auferlegt und zwar, da der Verklagte sich dabei beruhigt hatte, in Beziehung auf die Forderung, statt auf die Urkunde. — Embde g. Sostmann, 1827. Hier war die Schriftvergleichung mit gerichtlich beglaubigten Urkunden vorgenommen und in Beziehung darauf und auf den vom Gerichte v. Instanz auferlegten Ergänzungseid wurde vom O. A. Gerichte die deshalbige Beschwerde des Gegners zurückgewiesen, da die Würdigung des Ergebnisses der Schriftvergleichung und ob dadurch die Auflage des Erfüllungs- oder des Reinigungs-Eides begründet werde, lediglich dem richterlichen Ermessen anheim falle; — Müller g. Windus, 1828. In diesem Falle hatte ein Fuhrmann wider einen Wirth aus einer mit demselben über frühere Branntweinslieferungs-Geschäfte gepflogenen Abrechnung auf den Rest von 539 Thlr. geklagt und sein Rechnungsbuch vorgelegt, in welchem sich der mit dem Namen des Verklagten unterzeichnete Eintrag fand: „Abgerechnet mit H. M. (Kläger) den 2. Aug. Rest 539 Thlr. O. den 25. Oct. 1817.“ Als hiernächst dem Kläger der Beweis auferlegt worden war, daß ihm der Verklagte nach der gedachten Abrechnung obigen Betrag schuldig geblieben sey, trat jener den Beweis durch Schreibverständige und Zeugen an. Die ersteren gaben ihr Gutachten dahin ab, daß die Unterschrift des Verklagten und die darüber stehenden Worte „O. den 25. Oct.“ mit den zur Vergleichung gebrauchten Handschriften des Verklagten soviel Aehnlichkeit hätten, daß ihnen allerdings alle diese Schriftzüge von einer Hand herzurühren schienen; zumal die Handschrift des Verklagten soviel Charakteristisches habe, daß eine Vergleichung derselben stattfinden könne. Es war sodann von dem Verklagten nachgegeben worden, daß er vor jenem Tage der Abrechnung mit dem Kläger in Geschäften der fraglichen Art gestanden habe, und von verschiedenen Zeugen waren spätere, außergerichtlich vom Verklagten über die Fortdauer dieses Schuldverhältnisses gethane Aeußerungen bekundet worden. Das Untergericht hatte dem Kläger den Erfüllungseid dahin auferlegt: daß der Verklagte die fragliche Ur-

§. 20.

2. Durch Handelsbücher [95]).

Bei der gemeinrechtlichen Regel, daß Privaturkunden für den Aussteller einen Beweis nicht erbringen können [96]), dem-

kunde eigenhändig unterschrieben habe und ihm aus der darin erwähnten Abrechnung die Summe von 539 Thlr. schuldig geblieben sey. Das Obergericht wieß zwar die Klage zurück; das O. A. Gericht aber stellte den Amtsbescheid wieder her, „da das einstimmige Gutachten der Schreibverständigen für die Aechtheit der fraglichen Urkunde sey und solche auch durch die übrigen Beweisgründe eine wesentliche Unterstützung erhalte, so daß der dem Kläger auferlegte Beweis allerdings mehr als zur Hälfte erbracht erscheine;" — Laubach g. Laubach, [3869] 1837. Es war von dem Beweis der Aechtheit einer Quittung die Rede. Die zur Vornahme einer Schriftvergleichung veranlaßten Sachverständigen hatten allerdings nur in dürftiger Weise ihr Gutachten erstattet; gleichwohl erkannte das O. A. Gericht: „daß das Gutachten der Schreibverständigen sich hinlänglich bestimmt für die Aechtheit der vorgelegten Quittung ausspricht; auch nicht aller Motivirung entbehrt und, da über die Art und Weise, wie die Schreibverständigen bei ihrer Begutachtung zu Werke gehen sollen, keine specielle gesetzliche Vorschriften bestehen, nicht verworfen werden kann, sondern vielmehr genügt, um hinsichtlich des Beweises der Aechtheit der fraglichen Quittung dem Appellaten den Erfüllungseid nachzulassen." — Neuere Gesetze in andern Ländern stimmen im Wesentlichen mit diesem Resultate überein, z. B. die Badensche Proc.-Ordn. v. 1831 §. 451; der Würtemberg. P. O.-Entw. §§ 708, 709; sodann die Hannov. Proc. Ordn. v. 5/10 1827 § 85; v. 1848 §. 143; v. 8/11 1850 §. 335: „Bei Beurtheilung des Ergebnisses der Gutachten hat der Richter die über den Beweis durch Sachverständige gegebenen Vorschriften zu beachten, jedoch im günstigsten Falle nur auf den Ergänzungseid zu erkennen." — Von den Processualisten erforderte Schaumburg (Jen. 1750) princ. prax. lib. 1 sect., membr. 3 §. 26 (p. 219) specieller »alia adminicula, quae summum perjurii metum efficiunt« und schloß mit dem Worte: »Merito igitur erroneam dixeris eorum opinionem, qui inconsiderate satis eum in genere comparationis literarum praedicant effectum, ut juramento suppletorio locum faciat.« Aehnlich äußert sich Gönner a. a. O. S. 484: Pufendorf observ. T. II obs. 24 (p. 83) unter Bezugnahme auf ein Erkenntniß, in welchem unter Anderem »inspectio documenti ipsa characterem timidum, ductumque literarum ab archetypis diversum arguebat.«

95) Vergl. über die Beweiskraft der Handelsbücher: des Verf. N. Sammlung v. Entsch. des O. A. Gerichts zu Cassel Th. III. Abth. 1. Nr. XLVIII S. 384—416.

96) l. 5—7 C. de prob. (4. 19); l. 11 C. qui pot. in pign. (8. 18);

jenigen also insonderheit nicht geglaubt werden soll, welcher sich einen Schuldner bestellt, — kann denselben, nicht die Wirkung eines unvollständigen Beweises in dem hier in Betracht kommenden Sinne beigelegt werden. So vermögen im Nachlaß gefundene Urkunden, z. B. Rechnungen des Verstorbenen, die Schuldsumme nicht zu erweisen; eben so wenig sein Testament, worin er versichert, daß eine solche ihm geschuldet werde; die Rechnung des Curators, Geschäftsführers &c. nicht, wenn sie ohne Quittungen und Angabe anderer unterstützender Umstände vorgelegt worden ist.

Nach diesen Grundsätzen würden denn auch die Handelsbücher der Kaufleute, in den Ländern wenigstens, wo sie nicht unter der Aufsicht öffentlicher Behörden stehen [97]), als Beweismittel Derjenigen, welche sie geführt, untüchtig erscheinen. Die Sorge für die Hebung des Activ- und Passiv-Credits der Handeltreibenden überhaupt, ohne welchen kein Handel bestehen kann, führte aber frühzeitig schon, namentlich in Oberitalien [98]), zu einer Begünstigung derselben insofern, als man jenen Urkunden eine höhere Glaubwürdigkeit, als sonstigen Privaturkunden, beilegte, welche in demselben Grade sich steigerte, in welchem der Verdacht einer Fälschung der Wahrheit sich minderte. In früheren Zeiten mag man, als regelmäßige Wirkung, den Einträgen in solche Bücher volle Beweiskraft beigelegt haben [99]), was sich später wohl auf die Fälle beschränkte, welche vor den Handelsgerichten entschieden wurden [1]). Die gewöhnliche Bedeu-

---

l. 6 C. de testam. (6. 23); l. 5 C. de conven. fisc. deb. (10. 2); l. 26 §. 2 D. depos. (16. 3); Nov. 48 C. 1 §. 1. — Da die Argentarien öffentliche Beamte waren (l. 10 §. 1 D. de edendo, 2. 13), so begründeten deren Bücher keine Ausnahme.

97) Wie in Frankreich, Code de comm. art. 8—11.

98) Statuten v. Bologna v. 1454 §. 2: »Si quis uteretur libro (rationum scripto manu alicujus mercatoris) contra ipsum scribentem — in quo — aliquid scriptum esset quod in ipsius scribentis favorem — faveret — contra eum, qui sic utetur, inter personas, scripturae pro utraque parte credatur et stetur, quatenus concurret cum quantitate petita.« Martens Ursprung d. Wechselrechts Anh. S. 56; Gründler Polemik Th. IV S. 268.

99) Selchow elem. jur. germ. (ed. 7) §. 206.

1) Gail observ. lib. II obs. 20 (p. 313); und die das. Genannten.

tung derselben aber war die, daß man mit Rücksicht auf das römische Recht [2]) annahm, es bedürfe noch der eidlichen Bestärkung des Buchs von Seiten des Kaufmanns, um den vollständigen Beweis wider seinen Schuldner zu liefern. Von Andern wird, unter Verwerfung dieser Grundlage, jenes Vorrecht auf ein durch „uraltes Handels-Herkommen, allgemeinen Handelsgebrauch, gemeine Gewohnheit, eine communis doctorum sententia" [3]), auf einen „gemeinen teutschen Gerichtsgebrauch" [4]) gestützt.

Insbesondere wurde in Hessen in der erster Hälfte des v. Jahrhunderts [5]) in dieser Hinsicht bestimmt: „Lassen Wir es zwar dabey bewenden, daß die Bücher der Kauf- und Handelsleute, welche unverdächtig und mit denen hierzu nöthigen Requisitis versehen seyn, einen halbvölligen Beweis ausmachen, und salva reprobatione mit dem Erfüllungs-Eyde bestärkt, nach Ablauf einer dreyjährigen Frist aber der Handelsmann oder dessen Erben, wann die Forderung inzwischen nicht wirklich eingeklagt und in Judicium deducirt ist, der (als) Kläger darzu nicht weiter gelassen, sondern die Schuld durch Führung ordentlichen Beweises dargethan werden soll." —

I. Nach dieser Bestimmung blieb es nun aber zunächst immer noch zweifelhaft: worauf sich der Satz beziehe, daß durch die Bücher der Kaufleute rc ein halber Beweis erbracht werde? ob auf die Größe der Forderung, oder auf die Existenz derselben? Jene [6]), wie diese [7]), wonach also die vorliegende Forderung oder doch ein

---

2) l. 3 C. de reb. cred. (4. 1). Eichhorn Rechtsgesch. Th. III §. 461.

3) Eichhorn a. a. O.; Mittermaier deutsch. Priv. R. §. 1246; Phillips deutsch. Priv. R. Th. II S. 286. Vergl. die in des Verf. R. Samml. O. A. G. Entsch. Th. III Abth. 1 S. 386 Not. 12 weiter citirten Schriftsteller.

4) Estor, teutsch. Rechtsgelahrth. Th. III S. 220.

5) Verordn. v. 1. Febr. 1749 §. 7 (III. 2).

6) Glück, Com. Th. 22 S. 66, Note 6; Runde deutsch. Priv. R. §. 160; Mittermaier; Phillips rc. a. a O.

7) Leyser med. vol. IV sp. 279 (p. 1125); Struben rechtl. Bed. Th. V B. 104; Gründler Polemik Th. IV S. 276; Eichhorn a. a. O. §. 389. — A. M. Ortloff Grundzüge d. teutsch. Priv.-R. S. 279.

sonst darzulegender Handelsverkehr unter den Streittheilen außer Zweifel zu setzen wäre, haben ihre Vertheidigung gefunden; die letztere namentlich in der Praxis des O.A.Gerichts zu Cassel [8]).

II. Zu den Personen, welchen dieses Vorrecht zustehen soll, gehören in Hessen, außer den erwähnten Kauf- und Handels-Leuten, auch die Krämer, d. h. diejenigen, welche Handel treiben, ohne die gewöhnlichen Lehrjahre abgehalten zu haben, mit Ausnahme der Krämer in den Dörfern [9]); ferner Buchhändler als solche, nicht auch als Leihbibliothek-Besitzer [10]), Fabricanten und Manufacturisten [11]). — Nicht blos dem Kaufmann, sondern auch dem Nichtkaufmann gegenüber steht übrigens, gegen die abweichende Annahme mancher Rechtslehrer, das gedachte Vorrecht dem Kaufmanne rc., in Folge particularrechtlicher Vorschrift, zu [12]).

III. Was die Voraussetzungen dieses Vorrechts in Beziehung auf das Handelsbuch selbst betrifft, so ist

a. was die Form anlangt, dem Hauptbuche die in Rede stehende Bedeutung beigelegt [13]). Der erfolgte Eintrag in der Cladde (Journal, Strazze) ist aber in dem Fall beweisend, wenn nicht eigentlich das Vorrecht des Handelsbuchs in Frage ist, der Eintrag nicht einem Dritten (Käufer) gegenüber geltend gemacht wird, sondern das Rechtsverhältniß des Kaufmanns zu seinem

---

8) Decis. Cass. T. III. dec. 14, die schon den Satz enthält: »Libri mercatorum non probant, si alter debitum ipsum, vel se debitorem esse negaverit.« N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. III Abth. 1, Rechtsf. Nr. 1 S. 401 fg. u. Nr. 11 (S. 414), in welchem letzteren Fall ausgesprochen wurde, „daß — der Gerichtsgebrauch den Handelsbüchern Beweiskraft alsdann nicht beizulegen pflegt, wenn, wie in dem vorliegenden Fall, nicht der Betrag der Forderung, sondern überhaupt der fragliche Handelsverkehr in Abrede gestellt beziehungsweise, daß ein Dritter Schuldner sey, behauptet worden ist.“ Ein solcher Fall war der a. a. O. unter Nr. 2 (S. 401) mitgetheilte.

9) Verordn. v. 14. Dec. 1796 Nr. 1, 3 (IV. 2). Gemeinrechtlich ist dieß streitig; vergl. N. Samml. a. a. O. S. 389 Not. 21.

10) Regier.-Rescr. v. 18. Jan. 1806 (IV. 464).

11) N. Samml. a. a. O. S. 389, Rechtsf. Nr. 10 (S. 412), Nr. 11 (S. 414).

12) Verordn. v. 14. Dec. 1796. — N. Samml. a. a. O. S. 390.

13) N. Samml. a. a. O. S. 391, Rechtsf. Nr. 6 (S. 407).

Geschäftsführer, der den Eintrag bewirkte, streitig ist. In diesem Eintrag wird ein den Mandanten verpflichtendes Bekenntniß des Geschäftsführers gefunden [14]).

Die in Hessen vorgeschriebenen Erfordernisse eines solchen Handelsbuchs sind: daß der Handelsmann in gutem Ruf steht; — das Buch den Namen des Käufers, — die Bezeichnung der Waare und des Preises, — der Art der Entstehung der Schuld aus dem Gegenstand, — des Namens des Empfängers der Waare, — des Tags, Monats und Jahrs, wann dieß geschehen, enthält; — und daß aus dem Buche zu ersehen ist, daß es nicht obenhin und nachläßig, sondern mit Ordnung und Genauigkeit geführt werde [15]).

Die Sprache, in der die Handelsbücher abzufassen sind, kann jede lebende und braucht nicht blos die Landessprache zu seyn; in hebräischer dürfen sie nicht geführt werden [16]).

Dem Gerichte müssen diese Bücher „auf Erfordern offen und auf keiner Seite versiegelt vorgelegt werden" [17]).

b. Dem Inhalte nach wird zur Begründung des in Rede stehenden Vorrechts erfordert: daß die Einträge im Handelsbuche nicht auf, dem Handel des Kaufmanns fremde Posten sich beziehen, z. B. Bürgschaften, Brautgiften, Erbgelder, Vergleichs-Forderungen aufführen, indem sie in Beziehung auf solche keinen Glauben verdienen, sondern nur als scripturae pro scribentibus zu betrachten sind [18]). Lieferungsgeschäfte, sofern ihr Betrieb zum Beruf des

---

14) Eben das. Rechtsf. 6. Es ist also zwischen dem Verhältniß des Buchführers und seines Mandanten, so wie des Kaufmanns und seines Geschäftsfreunds zu unterscheiden; in jenem Fall enthält der Eintrag ein außergerichtliches Geständniß, in diesem bestimmter den halben Beweis.

15) Verordn. v. 14. Dec. 1796 Nr. 2.

16) Nach Analogie der Reichspol.-Ordn. v. 1577 Tit. 20 §. 3; in Hessen ist durch die Judenordn. v. 26. Aug. 1739 §. 24, u. Verordn. v. 14. May 1816 § 7 den Wechsel- und Kleinhandel treibenden jüdischen Glaubensgenossen die Führung ihrer Handelsbücher in deutscher Sprache und der Gebrauch deutscher und lateinischer Buchstaben vorgeschrieben.

17) Verordn. v. 14. Dec. 1796 Nr. 5. Gemeinrechtlich beschränkt war diese Verpflichtung dahin, es sey soweit das Handelsbuch vorzulegen, daß untersucht werden könne, ob es ordentlich geführt worden sey.

18) Gail lib. II obs. 20; Kind quaest. for. T. III p. 246; Voet

Kaufmanns gehört, können nicht zu solchen fremdartigen Posten gerechnet werden [19]).

IV. Das Vorrecht der Handelsbücher wird nun aber ausgeschlossen:

1. Einmal, wenn sie als unrichtig geführt befunden werden, — wobei indessen kleinere Mängel in den Auszügen aus solchen, z. B. in Beziehung auf die Zeitangabe bei einzelnen Posten, nicht schon die Verwerfung der deshalbigen Beweisantretung zur Folge hat und vielmehr der Ausführung des Beweises die genauere Prüfung überlassen werden kann. Man hat sogar angenommen, daß die Unrichtigkeit nicht schon aus dem Vorhandenseyn einer von einem Mandatar des Kaufmanns ausgestellten Quittung über den eingetragenen Posten hervorgehe [20]).

2. Sodann, wenn der Handelsmann mit seinen Gläubigern einen Nachlaßvertrag eingeht, oder gar Bankerott macht, ohne darthun zu können, daß er durch Unglücksfälle und ohne eigenes Verschulden in Abgang seiner Nahrung gekommen sey [21]).

3. Endlich, wenn die für die Geltendmachung des Vorrechts gesetzte Verjährungszeit abgelaufen ist. In Hessen war eine solche von drei resp. zwei Jahren bestimmt; jene für Geschäfte des Handelsmanns oder dessen Erben Handelsleuten, diese, den nicht Handel treibenden Käufern gegenüber; hier sollte der Handelsmann die Forderung innerhalb jener Frist einklagen und in Judicium deduciren, widrigenfalls er als Kläger dazu nicht weiter gelassen, vielmehr erfordert wurde, daß die Schuld durch Führung

---

ad D. lib. 22 tit. 4 (T. IV p. 562). N. Samml. a. a. O. S. 392. Dieß ist namentlich in der Verordn. v. 14. Dec. 1796 Nr. 4 vorgeschrieben, indem daselbst in Beziehung auf die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher nur von „Handelsleuten, verkauften Waaren ꝛc." die Rede ist. — Auf den Fall des Eintrags von Geldbarlehn, welche nach der Verordn. v. 26. Aug. 1739 §. 24 Juden, die auf Credit verkaufen oder Gelder ausleihen, in ihre Handelsbücher eintragen sollen, ist die Kraft eines halben Beweises, Christen gegenüber, nicht zu beziehen. N. Samml. a. a. O. S. 393; Rechtsf. Nr. 9 (S. 412).

19) N. Samml. a. a. O. Rechtsf. Nr. 4 (S. 405).

20) N. Samml. a. a. O. (S. 394), Rechtsf. Nr. 3 (S. 403).

21) Verordn. v. 14. Dec. 1796 Nr. 3. N. Samml. a. a. O. S. 394.

ordentlichen Beweises dargethan werde [22]). Die Frist lauft vom Moment der Eingehung des Geschäfts an und ihr Ablauf wird von Amtswegen bei der Beweisantretung berücksichtigt [23]).

Durch neuere Gesetzesvorschrift [24]) ist bestimmt: Eine Verjährungsfrist von drei Jahren, soweit nicht schon kürzere Verjährungsfristen bestehen, tritt unter Anderem ein bei Forderungen: 1. der Fabrik-Unternehmer, Kaufleute mit Einschluß der Buch-, Musikalien- und Kunsthändler, Krämer und sonstigen Handelsleute, Künstler und Handwerker für Waaren und Arbeiten, ingleichen der Apotheker für gelieferte Arzneien. Ausgenommen hiervon sind derartige Forderungen an Personen, welche selbst wieder mit den empfangenen Gegenständen Handel treiben oder dieselben als Material bei ihrem Gewerbsbetriebe verarbeiten. 2. Der Fabrik-Unternehmer, Kauf- und Handelsleute, Krämer, Künstler, Handwerker und Ackerbautreibenden wegen der an ihre Gehilfen und Arbeiter geleisteten Vorschüsse ꝛc. — Diese Verjährungsfristen beginnen mit dem Ablaufe des letzten Tages desjenigen Jahres, in welchem die betreffende Forderung fällig geworden ist.

V. Ferner ist sodann, was die Frage betrifft, nach welchen Gesetzen die Beweiskraft der Handelsbücher zu beurtheilen sey? nach Maaßgabe der für Hessen geltenden Grundsätze anzuführen, daß diese Bücher theils den im Wohnorte des Kaufmanns etwa gesetzlich anerkannten Erfordernisse entsprechen müssen, theils, daß solche nur in der an diesem Orte dem Handelsbuche beigelegten Bedeutung anerkannt werden können. Es ist demnach auch gleichgiltig, vor welchem Richter die Anerkennung dieser rechtlichen Bedeutung verlangt wird, indem die am Orte des angerufenen Richters geltenden Gesetze über die Handlungen Auswärtiger nichts entscheiden [25]). Hiernach bestimmt sich die

---

22) Verordn. v. 14. Dec. 1796 Nr. 4 und v. 1. Febr. 1749. N. Samml. ꝛc. S. 395.

23) N. Samml. ꝛc. Rechtsf. Nr. 8 (S. 410).

24) Gesetz v. 14. Juli 1853.

25) Ueber die nähere Ausführung, insonderheit in Beziehung auf das Bedenken: ob nicht, da es sich hier um die Zulässigkeit eines Beweismittels handle, die Frage in das Proceßrecht gehöre und deshalb für die Gesetze des Orts, an

Folge, welche bei vorliegender Collision der Gesetze einzutreten hat, so wie die Entscheidung der weiteren Frage: welches von mehrern successiv ergangenen Gesetzen über die Bedeutung und Wirkung des Handelsbuchs entscheide? ob das zur Zeit des bewirkten Eintrags in solches in Kraft bestandene, oder das spätere, zur Zeit des geführten Rechtsstreits in Geltung gewesene [26]).

VI. Schließlich ist nur noch zu bemerken, daß die Entscheidung des Gerichts über den Umfang der Beweiskraft eines Handelsbuchs, insonderseit über die Frage, ob auf den Grund desselben der Erfüllungseid mit Recht dem Producenten nachgelassen worden sey? kein Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde ist, da die Beantwortung dem richterlichen Ermessen anheim fällt [27]).

3. Außergerichtliches Geständniß.

§. 21.

Ueberhaupt.

Auch von dem außergerichtlichen Geständniß soll gelten, was in der vorliegenden Beziehung von der Aussage eines Zeugen gesagt ist, daß nämlich dadurch ein zum Erfüllungseid führender unvollständiger Beweis erbracht werde. Das war die Lehre, welche bis auf die neuere Zeit die herrschende blieb. Man unterschied ganz richtig zwischen der Bedeutung des gerichtlichen und der des außergerichtlichen Geständnisses und legte dem letzteren nur für den Fall die Wirkung des ersteren bei, wenn es in Anwesenheit des Gegners abgelegt war [28]); war es in dessen Abwesenheit erfolgt, dann sollte dadurch ein halber Beweis erzeugt werden, jedoch auch nur unter einer doppelten Voraussetzung, daß es nämlich von zwei Zeugen bekundet und dann, daß dabei die causa

---

welchem das angegangene Gericht den Sitz habe, sich zu entscheiden sey? vergl. N. Samml. 2c. S. 397—400.

26) Eben das. Rechtsf. 8 (S. 410), 12 (S. 415).

27) Eben das. S. 393.

28) Carpzov P. 2 c. 16 def. 21.

obligationis ausgedrückt werde [29]. Nur in dem Falle wurde auch eine solche extrajudicialis confessio für vollbeweisend erachtet, wenn sie »geminata et repetita« war [30].

Bei der Prüfung der Richtigkeit, der Bedeutung und des Umfangs dieser Lehre, welche in der neuern Zeit schärfer geprüft und zum Theil aufgegeben ist, wird ein specielleres Eingehen namentlich auch auf die in der Praxis angenommenen Grundsätze erforderlich werden.

Das gerichtliche Geständniß wird, die Absicht, Dispositionsfähigkeit des Gestehenden und die gehörige Bestimmtheit im Geständniß vorausgesetzt, deshalb als wahr angenommen, weil der Richter nach den Grundsätzen der Verhandlungs-Maxime über Thatsachen, welche nicht bestritten werden, „worüber die Partheien in Facto nicht discrepiren oder streitig sind" [31], Beweis nicht auferlegen soll. Der Richter hat also, da hier ein übereinkunftsmäßiger Verzicht auf Vertheidigung wider einen dem Gegner zu Statten kommender Umstand vorliegt, kein Recht die Sache weiter seiner Untersuchung zu unterziehen. Dahingegen kann das außergerichtliche, d. h. das nicht in dem betreffenden Rechtsstreite abgelegte Geständniß, nur als Zeugniß nach seiner innern Glaubwürdigkeit die Ueberzeugung des Richters begründen. Während beim gerichtlichen Geständnisse der animus confitendi deshalb als Regel aufgestellt werden muß, weil Alles, was vor Gericht geschieht, als mit Ernst und Vorbedacht geschehen zu erachten ist, kann beim außergewöhnlichen Geständnisse diese Absicht nur aus den dasselbe begleitenden Umständen erkannt werden.

Nachdem in früherer Zeit die namentlich von Donellus vertheidigte Ansicht, daß auch ein außergerichtliches Geständniß vollständig beweise, geringen Beifall gefunden hatte, indem sich vielmehr die gemeine Meinung geradezu dawider erklärte [32], —

---

29) A. Faber in C. lib. 4 tit. 14 def. 15 n. 4.

30) arg. l. 22 C. ad SC. Vellej. (4. 29). Carpzov l. cit.

31) J. R. A. §. 50; — l. un. C. de confess. (7. 59); c. 10 X. de prob. (2. 19); c. 14 X. de fid. instr. (2. 22).

32) Vergl. über diesen Streit: Ummius l. c. disp. 13 th. 12 (p. 568 seq.) disp. 18 th. 4 n. 17 (p. 784), der in Beziehung auf jene Annahme

ist in neuerer Zeit von Bethmann Hollweg [33]) mit mehr Erfolg gezeigt worden, daß ein vollständig bewiesenes Geständniß, welches außergerichtlich, namentlich auch in, einen früheren Proceß betreffenden Acten, abgelegt worden ist, vollen Beweis unter der Voraussetzung erbringe, daß solches ohne Mängel sey, und die meisten neuern Rechtslehrer gehen noch weiter, indem sie annehmen, daß ein außergerichtliches Geständniß schlechthin dieselbe Beweiskraft habe, wie das gerichtliche [34]). Bei der Erörterung des Zweifels, welchen Einfluß dieser Satz für die vorliegend allein in Betracht kommende Frage nach den Voraussetzungen und der Wirkung des unvollständigen Beweises habe, sind folgende Puncte von Wichtigkeit, aus denen sich ergeben wird, wann der Beweis durch das außergerichtliche Geständniß vollständig geführt, sowie wann dieß nicht der Fall, und er der Ergänzung durch den Eid noch bedürftig ist.

§. 22.

Voraussetzungen.

I. Die Voraussetzungen des außergerichtlichen Geständnisses, als eines vollständigen Beweises sind nun nach dieser letztern Auffassung folgende: Im Allgemeinen ist hier zunächst über die Person des Gestehenden zu bemerken, daß, wenn nicht der Fall einer statthaften Vertretung vorliegt, das Geständniß dritter Personen für eine Partei unwirksam ist, z. B. das von einer Mutter abgelegte, daß nicht ein von ihrer Tochter in Anspruch genommenes Individuum, sondern ein anderes der Stuprator sey [35]).

---

behauptet »illa opinio vulgo omnium Dd. judicio rejicitur«; wohingegen er selbst sich für sie ausspricht in den Worten: »et cum Donell. — tenuimus, quod imo confessio extrajudicialis plene probet, veritate juris inspecta. Quod etiam num verum putamus.«

33) Versuche rc. S. 288—90; 315, mit Beziehung auf: l. 25 §. 4 D. de prob. (22. 3); l. 26 §. 2 D. depos. (16. 3); l. 13 C. de non num. pec. (4. 30); früher schon Gensler Archiv f. civ. Pr. Th. 1 S. 49.

34) Weber, Beweisf. Abschn. IV §. 57; Martin Civilpr. §. 123 a; Grolman Theorie d. gerichtl. Verf. §. 82 Note a; Reinhard Handb. d. Proc. Th. I §. 114; Linde, Civilpr. §. 256, Not. 13.

35) Sennholz g. Rimbach'sch. Vorm. [664] O. A. G. B. 10/2 1847, in

Sodann kommen weiter folgende Grundsätze in Betreff:

1. Der Gestehende muß fähig seyn, über den Gegenstand, auf welchen das Geständniß sich bezieht, verfügen zu können [36].

2. Das Geständniß muß in der gehörigen Absicht (animo confitendi) erfolgt seyn. Nach dem wahren Sinne ist darunter nur die Ernstlichkeit des Geständnisses, oder die damit verbundene Absicht, die Wahrheit zu sagen, zu verstehen [37]. Dieß ist aber nur aus den Umständen des concreten Falles zu beurtheilen, welche die Voraussetzung solcher Beweggründe ausschließen, wodurch die der Beweiskraft des außergerichtlichen Geständnisses zum Grunde liegende Vermuthung, daß Niemand zu seinem Nachtheile die Unwahrheit sagen werde, aufgehoben wird, namentlich Scherz, Leichtsinn, Prahlerei ꝛc. Mit dieser Auffassung stimmt auch die Ansicht des obersten Gerichts in Hessen überein, wie dieselbe sich in dessen Rechtssprechung dargelegt hat, überein.

So wurde schon in den älteren Decisionen [38]) der Fall, wo einem außergerichtlichen Geständnisse Beweiskraft beizulegen sey, nur dahin bezeichnet: »si de ea re seria agitur«, und selbst eine der Beweiskraft eines solchen Geständnisses minder günstige spätere Entscheidung [39]), unter Bezugnahme auf Leyser [40]), durch den

---

Erw.: „daß die von der Mutter der appellatischen Curandin — abgegebene Erklärung, wonach nicht der Appellant, sondern ein ungenannter Dritter der Urheber ihrer Schwangerschaft seyn soll, nur unter dem Gesichtspunct eines außergerichtlichen Geständnisses zu bringen ist, als solches aber nur gegen die Mutter, von welcher es abgelegt worden ist, wirksam seyn könnte, — und daher, der appellatischen Curandin gegenüber, welche hier als dritte Person erscheint und bei Abgabe jener Erklärung nicht etwa von ihrer Mutter vertreten worden, mit Recht unberücksichtigt geblieben ist"; Rosenblath g. Beinhauer [1266] 17/5 1848, in Erw.: „daß — die von der Mutter der Appellatin außergerichtlich und nicht dem Appellanten gegenüber vor ihrer Niederkunft abgegebene Erklärung keinenfalls einen vollen Beweis über die durch einen andern als den Appellanten geschehene Schwängerung liefern kann."

36) l. 39 C. de lib. causa (7. 16); l. 14 C. de prob. (4. 19); c. 5 X. de eo qui cognov. (4. 13). Spangenberg Fortſ. v. Bülow u. Hagem. I. S. 392.

37) Weber, a. a. O.; Bethmann-Hollweg a. a. O., S. 299, 303.

38) Decis. Cass. T. I dec. 120 n. 7.

39) Decis. Cass. T. II dec. 226 n. 3 (p. 238).

40) sp. 473 med. 3.

Vorbehalt beschränkt, »nisi is, qui in ea (confessione extrajudiciali) se fundat eam seriam et deliberatam fuisse doceat, atque alia praeterea argumenta ex quibus jus ejus liqueat, adferat«. In diesem Sinne wurden auch jene beiden früheren Aussprüche bei einer spätern Gelegenheit [41]) gedeutet und dabei ausgesprochen, daß durch außergerichtliche Geständnisse, wenn solche wiederholt, ernstlich und in der Absicht eine Verbindlichkeit einzuräumen, geschehen seyen, der Beweis der Thatsache, worauf sie sich beziehen, vollständig erbracht werden könne. Hiermit sollte nicht gesagt werden, daß das Einräumen einer Verbindlichkeit ganz nothwendig und unmittelbarer Zweck des Geständnisses seyn müsse; vielmehr wird man im Allgemeinen dem Grundsatze folgen müssen, welcher in späteren Erkenntnissen [42]) ausgesprochen resp. anerkannt wurde, daß nämlich ein außergerichtliches Geständniß, wenn es nach Maaßgabe der Umstände, unter denen es erfolgte, als ein ernstlich abgelegtes sich betrachten lasse, vollen Beweis über die eingeräumte Thatsache zu bewirken fähig sey. Bestimmter aber wurde dieß in einer bald darauf gefolgten Entscheidung dahin ausgedrückt, daß das Erforderniß der Ernstlichkeit eines solchen Geständnisses nicht wesentlich bedingt sey durch den animus confitendi im engern Sinne, oder die positive Absicht, ein Geständniß abzulegen [43]).

Solcher, allmälig ausgebildeten und zu festem Gerichtsgebrauche gewordenen, Rechtsansicht gegenüber werden denn auch hin und wieder in den Erkenntnissen vorkommende Ausdrucksweisen ihre Würdigung finden, welche an die frühere beschränktere, auf

---

41) Steinbach g. Pötter [7625] 1825.

42) Katz g. Werner, 1827; Humburg g. Löwer [5139] 1832.

43) Degen g. Löb [3548] O. A. G. B. v. 3/12 1836; vergl. die Entsch. in S. Hartung g. Kolb [3574] 24/12 1836; Stadt Homberg g. Happel [514] O. A. G. B. v. 25/8 1847, in Erw.: „daß die Bekenntnisse, welche in einem andern Processe abgelegt werden, in dem vorliegenden Rechtsstreite zwar nur als außergerichtliche anzusehen sind, dieselben jedoch auch als solche der Beweiskraft nicht ermangeln, da unter den Umständen, unter welchen sie abgelegt worden, die Ernstlichkeit des Willens, die Wahrheit zu sagen, sich nicht bezweifeln läßt, insbesondere das von der Appellantin in Sachen —, dem jetzigen Appellaten gegenüber, abgelegte Bekenntniß als völlig beweisend anzusehen ist.“

das Geständniß im engeren Sinne zurückweisende, Auffassungsart erinnern [44]).

Fehlt es an der Darlegung einer Ernstlichkeit dieser Art, dann kann auch weder von einem vollständigen noch unvollständigen Beweise die Rede seyn [45]). Es tritt dieß namentlich in dem Fall ein, wenn das als Geständniß in Bezug genommene Anführen nur als ein beiläufiges sich ansehen läßt und aus diesem Grunde also die Ernstlichkeit des Geständnisses nicht anzunehmen ist [46]).

3. Das Geständniß muß sodann mit der erforderlichen Bestimmtheit abgelegt worden seyn [47]). Aus Erklärungen, welche

---

44) So wurde z. B. in einem hier einschlagenden Falle der Satz, um den es sich handelt, dahin ausgedrückt: Erklärungen einer Partei, welche in einem andern Rechtsstreite abgelegt worden, sind in Beziehung auf den gegenwärtig anhängigen nur als außergerichtliche Geständnisse zu betrachten, sie gewähren jedoch, insofern sie von jener dem Rechtsvorgänger der andern Partei gegenüber vor Gericht, mithin ernstlich, und in der Absicht, das betreffende Rechtsverhältniß festzustellen, abgelegt wurden, zumal bei einiger Unterstützung durch sonstige Beweismittel, einen vollständigen Beweis, Fisc. Pr. g. v. Meien [4252] 1837.

45) Als daher mit der Vollmacht einer Verkäuferin zum Zwecke der Anzeige eines Immobiliar=Verkaufs bei Gericht die Erklärung verbunden worden war, daß das Kaufgeld bezahlt sey, und diese Urkunde bei eingetretener Unterlassung jener Anzeige vom Käufer zum Beweise gebraucht wurde, daß das Kaufgeld berichtigt wäre, nahm man doch den Inhalt der Urkunde nicht für genügend an, um auf eine ernstliche Absicht, die Zahlung einzugestehen, schließen zu lassen. Schmidt g. Busch [9145] O. A. G. Besch. 4/6 1845. Ein ähnlicher Fall, wo es an der genügenden Voraussetzung eines Geständnisses überhaupt fehlte, war: Möller g. Haas [1008] 1836.

46) Gem. Rothenberg g. Isenburg. W. [7916] O. A. G. Decr. v. 22/10 1842; Muhm g. Hebeler [7713] O. A. G. Besch. v. 4/9 1844, in Erw.: „daß — durch das in ihrer Beweisantretung in Bezug genommene Anführen — die Obsignation des M.'schen Nachlasses betreffend, der den Appellanten obliegende Beweis" (der Theilung jenes Nachlasses) „nicht geführt werden kann, indem hinsichtlich der beiläufigen Aeußerung des Mitappellanten und der Mitappellatin in ihrem Gesuche um Resignation des elterlichen Nachlasses — worauf sie sich bezogen haben, um so weniger sich annehmen läßt, daß sie bei derselben die Absicht gehabt haben, sich gegenseitig ein verbindliches Bekenntniß über diesen Gegenstand abzulegen, da die in der Wohnung des verstorbenen Vaters vorgefundenen verschiedenen Nachlaßgegenstände noch unter dem Siegel des Gerichts sich befanden."

47) l. 6 pr., §. 1 D. de confess. (42. 2): »Certum confessus pro ju-

nicht bestimmt sind, kann deshalb keine Folgerung gezogen werden, weil es immer zweifelhaft bleibt, ob die Partei sich den Zusammenhang, wie solcher angenommen werden könnte, gedacht hat, da ohne diese Voraussetzung auch hier der wesentlich erforderliche animus confitendi fehlen würde [48]).

Es ist dabei gleichviel, ob diese Erklärungen wegen ihrer Fassung, oder ihres Inhalts, oder um deswillen nicht bestimmt erscheinen, weil der Gegenstand, worauf sie sich beziehen, von der Beschaffenheit ist, daß ein bestimmtes Geständniß darüber nicht als zulässig sich darstellt. Ein solcher Fall tritt ein, wenn es sich um ein außergerichtliches Geständniß z. B. vor dem Presbyterium, oder vor Zeugen, welches in Schwängerungssachen vom angeblichen Stuprator über den mit der Geschwächten vollzogenen Beischlaf bekunden soll, und das in die Zeit der Schwangerschaft

---

dicato erit: incertum non erit. Si quis incertum confiteatur, vel corpus sit confessus, Stichum vel fundum dare se oportere urgeri debet, ut certum confiteatur. Item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur.«

48) Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 304. — Daher wurden in einem hier einschlagenden Rechtsfalle, einer Schwängerungssache, die Angabe zweier von dem Appellanten (Vormund des Kinds der Geschwächten) vorgeschlagenen Zeugen, welche angebliche außergerichtliche Geständnisse des Verklagten dahin bekundeten: „wenn ihn die N. als Vater des Kindes angebe, so wolle er in das Wasser springen," und „warum sie ihm die Schwangerschaft nicht früher gesagt, dann wäre es so weit nicht gekommen" — als solche unbestimmte Aeußerungen betrachtet, aus denen sich nicht ersehen lasse, welchen Zusammenhang der Verklagte dabei sich gedacht, ob er diese auf die Schwängerung der N. durch ihn, oder auf andere Verhältnisse bezogen habe und daher der betreffende Entscheidungsgrund dahin gefaßt: „daß die von den beiden ersten Beweiszeugen bekundeten Aeußerungen des Verklagten, bei der Unbestimmtheit der Bedeutung derselben, als ein außergerichtliches Geständniß der Schwängerung nicht anzusehen steht, vielmehr solche nur als entfernte, die Auflage eines Erfüllungseides nicht begründende, Vermuthungen in Betracht kommen können," Weber'sch. Vorm. g Müller [3370] 1836. — Aehnlich wurde erkannt in S. Fisc. Pr. g. Deubel, 1836, in Erw.: „daß die auf den Beweis des angeblich vom Appellaten vor der Renterei abgelegten Geständnisses gerichtete Eidesformel unerheblich ist, indem aus der in Bezug genommenen, in dem fraglichen Renterei-Protocolle enthaltenen Aeußerung des Appellaten weder das Einräumen einer bestimmten Thatsache, noch die Absicht ihren Rechtsanspruch aufgeben zu wollen, zu entnehmen, vielmehr ein ausdrücklicher Vorbehalt des letzteren darin enthalten ist."

der Klägerin, also in eine Zeit fällt, wo jener selbst noch nicht wissen konnte, ob die von ihm eingeräumte fleischliche Vermischung zur zutreffenden Zeit stattgefunden habe, ob er also Urheber der Schwangerschaft sey. Die Beweiskraft eines solchen außergerichtlichen Eingeständnisses hängt hier davon wesentlich ab, daß zu der Zeit, wo solches abgelegt wurde, das Kind schon geboren war [49]). Nur mit solcher Modification ist demnach der sonst geltende Satz richtig, daß das zufolge des Presbyterial-Protokolls abgelegte Geständniß beweistüchtig, der Gestehende daher nicht weiter zum Eide über die eingestandene Thatsache der fleischlichen Vermischung zur zutreffenden Zeit zuzulassen sey [50]).

4. Was sodann die Frage betrifft: wem gegenüber und in welcher Weise und Form das Geständniß abzulegen ist? so wird die angegebene Wirkung vollständigen Beweises durch dasselbe unter den sonst vorhandenen Umständen nicht blos in dem Falle, wenn es in Anwesenheit des Gegners erfolgt [51]), sondern

---

49) Walther g. Rohde [3633] O.A.G. Besch. v. 15/11 1836, in Erw.: „daß, da zur Zeit, wo der Appellant, den Aussagen der Zeugen zufolge, ein Geständniß, die Appellatin geschwängert zu haben, abgelegt haben soll, diese noch nicht geboren hatte, der Appellant nicht mit Sicherheit ermessen konnte, ob das Kind, womit die Appellatin schwanger ging, von ihm herrühre, ob nämlich die Zeit der Schwächung mit jener der Geburt im Einklange sich befinde; — bei der Beweiskraft eines Geständnisses aber wesentlich in Betracht kommt, daß der Gestehende die Fähigkeit habe, die betreffende Thatsache gehörig aufzufassen, an welchem Erforderniße es nach Obigem hier gerade fehlt." Flentje g. Blankemeier [6397] 30/5 1840. Demgemäß ist denn auch dem in einem Presbyterial-Protocolle (*) enthaltenen Geständnisse des Beischlafs, insofern darin der einzige Beweisgrund für die dem Gestehenden zur Last gelegte Schwängerung liegen soll, die zur Auferlegung des Ergänzungseids erforderliche Beweisfähigkeit aberkannt, Lohmann g. Wagner [5004] O.A.G. Besch. v. 23/2 1839. Die gleichen Grundsätze wie die vorstehenden wurden ausgesprochen in S. Linnenkohl g. Friedrich [6549] O.A.G.B. 25/7 1840; Schäfer g. Kanngießer [7354] O.A.G.B. 20/4 1841. Daraus folgt denn, daß eine Presbyterial-Bescheinigung über ein solches abgelegtes Geständniß der Vaterschaft nur als eine Bescheinigung über ein außergerichtliches Geständniß dieser Art in Betracht kommt, Ferne g. Freund [7473] 1841. — (*) Vergl. auch über die Bedeutung eines solchen Geständnisses: J. H. Böhmer jus eccles. prot. lib. I tit. 24 §. 28.

50) Schäfer g. Scholl [9254] O.A.G.B. 16/11 1844.

51) Bechstädt g. Bechstädt, O.A.G. Erk. v. 1828.

auch dann angenommen, wenn dasselbe einem Dritten gegenüber abgelegt worden ist. So hat man

a. den so eben specieller erwähnten Geständnissen eines Schwängerers vor dem Presbyterium nach der Geburt des Kindes über dessen Vaterschaft, freilich mit Bezugnahme auf eine besondere deshalbige Vorschrift [52]), für unzweifelhaft beweisend erklärt [53]). Es ist aber ein solches außergerichtliches Geständniß auch vorhanden, wenn bei Gelegenheit der Eintragung eines Acts in das Kirchenbuch, z. B. einer Taufe, Trauung, eine Erklärung über persönliche Verhältnisse der Betheiligten stattfindet [54]). Daneben war es denn auch schon in früherer Zeit Grundsatz bei dem hessischen O. A. Gericht, „quod per poenitentiam ecclesiasticam stuprum plene probatur" [55]); weshalb denn auch bei der exceptio prostibuli auf den diese Einrede beseitigenden Hauptumstand, daß von dem Verklagten die Kirchenbuße abgelegt worden sey, vorzüglich Rücksicht genommen werden sollte [56]); wie denn namentlich Ledderhose [57]) die Ablegung dieser letzteren für einen völligen Beweis der Schwängerung annimmt [58]).

b. Auch bei anderen Behörden abgegebene Geständnisse können, unter Umständen, gleiche Wirkung erlangen, z. B. in der

52) Verordn. v. 28. Dec. 1829, die Führung der Kirchen- und Pfarrbücher betr. §. 23: „Bei außerehelichen Geburten wird unter der Ueberschrift „Eltern" blos die Mutter gehörig eingeschrieben, auch das Kind unter der Mutter Zunamen in das Inhaltsregister eingetragen, es sey denn, daß der angegebene Vater selbst sich dazu bekenne, als in welchem Falle ebenwohl unter dessen Namen das Kind in das gedachte Register einzutragen ist. Damit aber in diesem Falle das Taufbuch wider den Vater zum vollen Beweise dienen könne, muß mit dessen, des Pfarrers und der Pathen oder zwei anderer männlichen Zeugen Unterschriften bemerkt werden, daß der Vater gegenwärtig und ihnen wohl bekannt gewesen sey, daß er sich als Vater angegeben und in die Einschreibung dieser Anerkennung eingewilligt habe."

53) Berthold g. Schenk [8474] O. A. G. B. 19/10 1844; es wurde hier eine Beweisauflage für überflüssig und die alsbaldige Verurtheilung auf den Grund jenes Geständnisses für statthaft angenommen.

54) Hanau. Wittw. Instit. g. Klingelhöfer [4467] O. A. G. B. 30/12 1837.

55) Decis. Cass. T. I dec. 120 n. 6.

56) Leimroth g. Hellermann, O. A. G. Decr. v. 4/5 1816.

57) Kirchenrecht §. 606.

58) Gümmer g. Buchs, O. A. G. Decr. v. 11/5 1816.

Form einer Eingabe an ein Ministerium [59]), eines Gesuchs gewisser Zinspflichtiger um Supplirung des Consenses an die betreffende [60]), eines Schreibens an eine Polizei-Behörde [61]).

c. Ueberhaupt hat man angenommen, daß ein einem Dritten abgelegtes Geständniß, beim Hinzutreten unterstützender Umstände [62]), als beweiskräftig anzusehen sey [63]), namentlich geschah dieß in dem Falle, als es sich um ein Geständniß handelte, welches der verklagte Buchhändler einem Dritten, dem Verleger des klagend aufgetretenen Schriftstellers, abgelegt hatte, worin jener bekannte, von dem Kläger den in Streit gezogenen Auftrag erhalten zu haben, welcher dahin ging, eine Schrift in Commissionshandel zu nehmen [64]); sowie in dem oben (S. 95, Not. 44) bereits erwähnten Falle, wo eine Partei, dem Rechtsvorgänger der andere Partei gegenüber, vor Gericht ein Geständniß abgelegt hatte [65]). Aus der früher ange-

---

59) Stadt Gelnhausen g. Isenburg W. [5180] O. A. G. B. 14/12 1842.

60) Schomberg g. v. Elmendorf [7369] 18/8 1842.

61) Zum Beweise einer lebenslänglich von seinem Dienstherrn ihm zugesicherten Pension überreichte der gegen dessen Erben auf Erfüllung klagende Diener ein von dem Promittenten an einen Polizei-Commissar gerichtetes Schreiben, die auf des letzteren Anfrage ertheilte Nachricht betreffend, daß die Angabe seines ehemaligen Dieners die Zusage einer jährlichen Pension von — von ihm erhalten zu haben, richtig sey. Das O. A. Gericht zu Cassel sprach in Beziehung hierauf aus: „daß nicht minder in dem — überreichten Briefe die Angabe des Appellanten, daß ihm eine jährliche Pension von — ausgesetzt worden und in dieser einer öffentlichen Behörde gegenüber abgegebenen Erklärung ein, zur Erbringung des Beweissatzes geeignetes außergerichtliches Geständniß zu finden ist,“ Schreiber g. v. Berlepsch [8290] O. A. G. B. 8/6 1844.

62) Abgesehen von solchen würde dieser Satz sehr bedenklich seyn, da z. B. das Geständniß einer Partei in einem andern Processe demselben alsdann wenigstens die Beweiskraft entzieht, wenn der Rechtsstreit nicht zwischen denselben Parteien geführt worden war, vergl. l. 22 D. de interrog. (11. 1); Gönner Handb. d. Proc. B. II Nr. 43 §. 12, 13.

63) Hucke g. St. Rotenburg [3390] O. A. G. B. 14/2 1837; Gem. Heslingen g. Fisc. Pr. [4316] 9/12 1839.

64) Bohne g. Laborde [4818] O. A. G. B. 29/9 1838.

65) Auch in einem weiteren Falle wurde dahin erkannt, in Erw.: „daß — wenn gleich das in der Beweisantretung in Bezug genommene Geständniß, welches der Appellant in dem früher zwischen ihm und dem Erblasser der Appellaten geführten Proceß — durch seinen gehörig legitimirten Anwalt über die fragliche, von ihm übernommene Bürgschaft wiederholt und bestimmt abgelegt hat, im

gebenen Bedeutung solcher in andern Acten vorkommender, also außergerichtlicher, Eingeständnisse ergibt sich auch die Natur derselben als wirklicher Beweismittel [66]); was denn zwar regelmäßig die Folge hat, daß ungeachtet eines solchen Bekenntnisses, ein Beweis regulirt werden muß, aber nicht ausschließt, daß ausnahmsweise, mit Umgehung einer solcher Normirung, unter den geeigneten Voraussetzungen, alsbald erkannt wird [67]).

Kein außergerichtliches Geständniß vermag indessen dergestalt als formelle Wahrheit geltend gemacht zu werden, daß nicht wenigstens ein Gegenbeweis zulässig wäre [68]); freilich wird aber erfordert, daß derselbe gehörig qualificirt sey [69]).

---

vorliegenden Rechtsstreite nur als ein außergerichtliches betrachtet werden kann, ihm doch auch in dieser Eigenschaft, beim Vorhandenseyn aller deshalbigen Erfordernisse, volle Beweiskraft nicht zu versagen steht," Kugelmann g. Gräger [424] O. A. G. Besch. 22/1 1848.

66) Daher wurde in einem einschlagenden Falle angenommen, daß ein solches Geständniß, wenn nicht etwa aus einem constitutum debiti proprii geklagt worden wäre, nicht zur Begründung der Klage dienen könne, Reinhardt g. Petter [4985] O. A. G. B. 22/12 1838.

67) Berthold g. Schenk [8474] O. A. G. Besch. v. 19/10 1844, in Erw.: „daß, — wenn auch ein außer dem anhängigen Rechtsstreite abgelegtes Geständniß" (vorliegend des Stuprators vor dem Pfarrer) „nur als ein Beweismittel in Betracht kommt, mithin dessen Beweiskraft in der Regel eine Beweisauflage über die abgeleugnete Thatsache, auf welche es sich bezieht, und die Verweisung des deshalbigen Streits in das Beweisverfahren nicht ausschließt, doch in dem Falle, wo, wie hier, die Einwendungen gegen die Beweiskraft des Geständnisses als völlig unerheblich sich darstellen, auch sofort auf das erste Verfahren definitiv erkannt werden kann."

68) Linde a. a. O. §. 256 Not. 28; Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 315. — Ziegler g. Lotz [834] 1833.

69) Daher nahm man an, daß gegen eine im Presbyterial-Protocolle geschehene Benennung des Schwängerers, die Klägerin nur mit dem speciellen Beweise, zu dieser unrichtigen Angabe verleitet worden zu seyn, gehört werden könne, Blenner g. Eckel, O. A. G. Decr. v. 8/10 1823; Mühlhans ux. g. ihr. Ehem. 1831; Kugelmann g. Gräger [424] 22/1 1848, in Erw.: „daß, wenn der Appellant die letztere" (die volle Beweiskraft des außergerichtlichen Geständnisses) „oder die Wirksamkeit jenes Geständnisses durch, nicht aus den betreffenden Acten zu entnehmenden, Umständen beseitigen zu können glaubte, er solche mittelst Gegenbeweises darzuthun gehabt haben würde, dazu jedoch das in der Erklärung auf die Beweisantretung enthaltene Erbieten zum Restitutionseide, welches nur

II. Wenn nun aber, in Beziehung auf die Nachweisung des außergerichtlichen Geständnisses, insonderheit auf die besonderen Umstände, unter welchen solches abgelegt worden war, die vollständige Beweisführung durch solches bedenklich erscheinen mußte, so entstand alsdann die Frage: ob nunmehr nicht der Fall vorliege, in welchem der Ergänzungseid aufzuerlegen sey? Auch die Bejahung dieser Frage war unter den älteren Juristen sehr bestritten. Viele von ihnen [70]) verneinten geradezu die Frage, einmal deshalb, weil sich dafür keine gesetzliche Nachweisung finde [71]), vielmehr aus den Digesten [72]) das Gegentheil zu folgern stehe; dann aber auch aus dem aus der Erfahrung abgeleiteten Grunde, daß bei solchen Bekenntnissen sehr oft die Absicht zu gestehen gar nicht obwalte, sondern, wie man sich ausdrückte, nur der Grund vorliege, »ut nos ostendamus obaeratos, effugiendi fortasse futuri debiti aut oneris publici gratia«. Unter solcher Voraussetzung, wo also die Absicht zweifelhaft und eine entgegengesetzte nicht unzweifelhaft sey, müsse, nach im Allgemeinen geltenden Grundsätzen [73]), die Zulässigkeit des Erfüllungseides geleugnet werden. Andererseits wurde aber [74]) dessen Statthaftigkeit gerade auf der Grund der in Bezug genommenen Stelle des

---

bei processualischen Restitutionen als Bescheinigungsmittel zugelassen wird, in keiner Weise dienen kann —."

70) Salicetus, Ludovic. Romanus rc., vergl. Ummius l. c.

71) Das für die abweichende Ansicht in Bezug genommene cap. 8 X. de success. ab intest. (3. 27) beweise solche nicht.

72) l. 6 §. 3 D. de confess. (42. 2): »Si quis, absente adversario, confessus sit, videndum, numquid non debeat pro judicato haberi: quia nec qui jurat de operis obligatur: nec solet quis absenti condemnari? Certe procuratorem, tutorem, curatoremve praesentem esse sufficit.«

73) l. 3 §. 1 D. de obl. et act. (44. 7).

74) Lanfranc. in l. 31 D. de jurej. num. 33 und Andere, vergl. Beust in eand. leg. n. 1170 seq.; Carpzov lib. 3 t. 7 resp. 67; Ummius l. c.; Nicolai, proc. judic. cap, 47 n. 11 (p. 535): »Confessio extrajudicialis, absente parte extra judicium emissa et oretenus facta, modo duobus testibus probetur et in confessione causa obligationis exprimatur.« Ueber diese hervorgehobene Voraussetzung vergleiche jedoch das oben (S. 95 fg.) Angeführte.

canonischen Rechts[75]) behauptet, indem dann feststehe, daß, wenn gleich die darin erwähnten Zeugen über das außergerichtliche Geständniß des Archipresbyter die Klagintention nicht vollständig bewiesen, doch jedenfalls solche sehr wahrscheinlich machten. Dabei bezog man sich auf eine weitere, schon erwähnte, Bestimmung des römischen Rechts[76]), wonach angenommen werden müsse, daß die Wirksamkeit des Geständnisses nicht von der Anwesenheit des Gegners bei demselben abhängig sey. Der für die gegentheilige Ansicht in Bezug genommenen l. 6 §. 3 D. de confess. (42. 2) wurde darum kein Gewicht beigelegt, weil darin von einem Geständniß die Rede sey, wodurch eine Obligatio begründet werden solle, hier aber von demselben in der Beziehung die Rede sey, wiefern dadurch ein Beweis erbracht werde. Dem allgemeinen Argument aus der Zweifelhaftigkeit der Absicht, in welcher das Geständniß abgelegt worden, wurde damit begegnet, daß dessen Richtigkeit in das Bereich der Vermuthung falle, und diese jedenfalls so lange für die ernstliche Absicht des Gestehenden streite, bis er die entgegenstehende Willensmeinung nachgewiesen habe[77]).

Und diese Ansicht ist es denn auch, welche in Hessen, als die geltende betrachtet werden muß. Danach hat man nämlich als Regel anzunehmen, daß durch das außergerichtliche Geständniß, unter den sonst geeigneten Voraussetzungen, ein die Auflage des Erfüllungseides begründender Beweis erbracht wird[78]). Zwar hat man dazu die

---

75) cap. 3 X de success. ab intest. (3. 27). Der hier von Innocenz III. entschiedene Fall ist kürzlich folgender: Der Abt eines Klosters und ein Bischof stritten über die Nachlassenschaft eines Archipresbyter. Der Bischof verlangte sie auf den Grund der Intestatsuccession, wohingegen der Abt dieselbe zurückhielt, »quia contulerat (archipresbyter) se et sua monasterio«. Das Beweismaterial, was der letztere hatte, wird in der Stelle dahin bezeichnet: »licet unus testis solus dixerit se vidisse, quando se et sua obtulit monasterio: quia tamen alii testes dixerunt se audivisse ipsum in abbatis praesentia, quod praedictum est, confitentem non tanquam vehementer adminiculantes, adsertionem abbatis plurimum adjuvabant.« Der Pabst machte den Obsieg des Bischofs von dem ihm auferlegten Beweise abhängig, daß, wie derselbe behauptet hatte, der Archipresbyter zur Zeit der vom Abte behaupteten letztwilligen Anordnung seines Verstandes nicht mehr mächtig gewesen sey.

76) l. 13 C. de non num. pec. (4. 30).

77) Ummius l. c. (pag. 785).

78) Baupel g. Blumenthal [6883] O. A. G. B. 15/5 1841.

Bekundung dieses Geständnisses durch nur einen gerichtlich abgehörten Zeugen, wenigstens der Regel nach, nicht für genügend gehalten [79]), vielmehr verlangt, daß dasselbe durch von andern Zeugen bekundete, oder sonst aus den Acten hervorgehende Thatsachen unterstützt werde [80]), wie denn auch in Schwängerungssachen alsdann, wenn das Geständniß vor dem Presbyterium sich nicht auf eine Thatsache beschränkt, sondern auf ein Urtheil, daß die Schwängerung eingetreten sey, erstreckt hatte, demselben jener Erfolg nicht gegeben wurde [81]). Dahingegen wurde z. B. der Ergänzungseid auferlegt, als die eigene Mutter des angeblichen Schwängeres außergerichtlich Angaben über ein Geständniß ihres Sohnes gemacht hatte und sonstige Zeugenaussagen über, denselben verdächtigende Umstände vorlagen [82]).

In Beziehung auf den Schwängerungsproceß ist noch zu erwähnen, daß, wenn die exceptio prostibuli unvollständig erwiesen worden ist, es von den begleitenden Umständen abhängt, ob der

---

79) Rosenbaum g. Thöne [6367] 1824.

80) Veit g. Ulmicher [50] 1827.

81) Börner g. Schäfer [3282] 1835. Hier legte die Klägerin zwei Auszüge aus dem Presbyt.-Protocolle vor, nach dessen einem der minderjährige Verklagte mit seinem Vater am 27/5 1803 vor dem Presbyterium erschienen war und wegen seiner mit der Klägerin, die er im J. 1800 geschwängert, begangenen Hurerei vor dem Pfarrer seine Reue bezeigt und Buße abgelegt habe. Nach dem andern hatte derselbe ebenwohl im Beiseyn seines Vaters am 24/7 1800 vor dem Pfarrer eingestanden, die Klägerin geschwängert zu haben. Es wurde, da es sich um den zur Ergänzung des Beweises der Meineidsverhütung abzuleistenden Eid handelte, in letzter Instanz ausgesprochen, daß der Beweiskraft der in diesen Urkunden enthaltenen Eingeständnisse die damalige Minderjährigkeit des Verklagten schon um deswillen nicht entgegenstehen könne, weil dieselben von ihm, in Gegenwart seines Vaters abgelegt worden seyen, und des Verklagten Behauptung, daß er die Bedeutung seiner Erklärungen in einem Alter von 17 bis 20 Jahren nicht gekannt habe, keinen Glauben verdiene; sowie, daß wenn gleich das hiernach an sich erwiesene außergerichtliche Geständniß nicht unmittelbar auf die zum Beweis gestellte Thatsache (die Vollziehung des Beischlafs) gerichtet worden sey, doch ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit daraus hervorgehe, daß mit Recht auf den, auch bei einem Beweise zur Verhütung des Meineids zulässigen, Erfüllungseid erkannt worden sey. — Vergl. auch die O. A. G. Entscheidungen in S. Gries g. Braun, 1818, Griesel g. Griesel, 1837.

82) Otto g. Urff. [8365] O. A. G. B. 11/4 1843.

Verklagtin der Reinigungs-, oder dem Kläger der Ergänzungs-Eid auferlegt wird [83]; im letzteren Falle ist es aber unzulässig diesen Eid dem Glauben nach dem Kläger nachzulassen [84]).

§. 23.

Dringende Vermuthungen.

Nicht jeder, welcher die Beschwerlichkeiten einer Beweisführung scheut, oder aus Nachlässigkeit die Herbeischaffung des erforderlichen Beweismaterials versäumt, soll zu diesem Eide zugelassen werden. Wenn dagegen Fab. Quintilianus (J. 90) in seinem Lehrbuche der Rhetorik [85]) das Erbieten zum Eide zwar für »fere improbum« aber doch dann für zulässig erklärt, wenn der sich Erbietende »praeter alia causae instrumenta adjicit ex abundanti hanc quoque conscientiae suae fiduciam«, so leidet dieser Satz ganz besonders auch in dem Falle Anwendung, wo es sich um die Auflegung des Ergänzungseides handelt. Er hat hier also die Bedeutung, daß beim Vorhandenseyn einer solchen, jedoch »probabilis, praesumtio« der etwa noch vorhandene Zweifel, durch den Eid gesteigert, die Ueberzeugung von der Wahrheit des streitigen Verhältnisses befestigt, mit einem Worte „eine Interims-Wahrheit" [86]), begründet werde.

Geht man hiervon aus, so fragt es sich dann, was unter einer solchen »probabilis praesumtio« zu verstehen sey? Wiewohl schon im Bisherigen durch Erwähnung des unvollständigen Beweises durch Zeugen, Urkunden, außergerichtliches Geständniß, Schriftvergleichung rc. dahin einschlagende Gründe angegeben wor-

---

83) Ledderhose Kirchenrecht (1. Ausg.) §. 600 Not. 1.

84) Beisheim g. Elobes, O. A. G. Decr. v. 15/4 1818.

85) de instit. oratoria (ed. Spalding) lib. V c. 6 (p. 187).

86) v. Leibnitz, Theodicee (Abhandl. v. d. Uebereinstimmung des Glaubens mit der Vernunft) §. 33 (S. 41): „Denn man nennt das bey den Juristen eine Vermuthung, was noch zur Zeit für eine Wahrheit gelten muß, im Fall das Gegentheil nicht bewiesen wird: und also ist es mehr als eine bloße Muthmaßung (Conjectur) —."

den sind, so ist doch dermalen der Präsumtion noch im Allgemeinen zu erwähnen. Hier ist nun zwischen den verschiedenen Arten derselben zu unterscheiden. Dabei ist zunächst darüber kein Streit, daß die »praesumtio juris et de jure« eine »probatio necessaria« ist, welche Eigenschaft entweder aus der Natur der Sache sich ergibt, oder durch das Gesetz besonders dafür erklärt worden ist, sonach eines weiteren Beweises nicht bedarf und den Gegenbeweis ausschließt [87]). Anders verhält es sich dagegen bei der »praesumtio generalis sive juris«, welche stattfindet, wenn [88]), zufolge gesetzlicher Bestimmung, die Existenz einer

87) Dahin gehört z. B. die Vermuthung der l. 11 §. 9 D. ad leg. Jul. de adulter. (48. 5), wonach, ungeachtet der erhobenen Anklage wegen Ehebruchs, ein Kind für legitim erachtet wird, welches die Ehefrau geboren hat, die mit dem Ehemann stets ehelich lebte; l. 34 C. ad l. Jul. de adult. (9. 9), zufolge welcher diejenigen des Ehebruchs für überführt gehalten werden sollen, die von der deshalbigen Anklage nur mit Rücksicht auf die nahe Blutsfreundschaft und darauf gestützte Unwahrscheinlichkeit des Verbrechens freigesprochen sind, aber nachmals sich verheiratheten; l. 22 C. ad Sct. Vellej. (4. 29), dergemäß eine Frauensperson alsdann, wenn sie nach zwei Jahren ihre Bürgschaft bekräftigt hat, aus derselben haften soll; c. 12 X. de praesumt. (2. 23), wonach aus dem gemeinschaftlichen Lager zweier Personen verschiedenen Geschlechts unter den näher angegebenen Voraussetzungen eine »violenta et certa suspicio fornicationis« abgeleitet und danach ein Ehebruch angenommen werden soll; l. 8, 14 §. 3, l. 15 C. de non num. pecun. (4. 30); §. un. J. de lit. oblig., zufolge deren die Einrede des nicht gezahlten Gelds alsdann entzogen wird, wenn solche binnen zwei Jahren nach Ausstellung des Schuldscheins nicht vorgebracht war; cap. 30 X. de spons. (4. 1), nach welchem diejenigen, welche nach dem Eheverlöbniß den Beischlaf ausüben, angesehen werden, als hätten sie die Ehe vollzogen; l. 207 D. de reg. jur. (50. 17), l. 25 D. de stat. hom. (1. 5) deren gemäß die Wahrheit eines rechtskräftigen Urtheils vermuthet wird.

88) Daß nicht alle gesetzliche Vermuthungen die Kraft haben, von der Beweislast zu befreien, bemerkte schon J. H. Böhmer exerc. ad Pand. T. IV pag. 250 seq.: »Graviter itaque falluntur, qui statim omnem praesumtionem juris esse volunt, quando lex eam approbat, illam vero praesumtionem hominis dicunt, quae a lege non est specialiter confirmata, quod tamen ubique fere facit Menochius. —« Dieß führte ihn dann zur Verwerfung dieser ganzen Unterscheidung und darauf hin, derselben die andere in simplex und qualificata zu substituiren, dergestalt, daß unter der letzteren diejenige Vermuthung verstanden wird, mit deren Anerkennung als solcher das Gesetz zugleich den Ausspruch verbindet, daß ein Umstand so lange für wahr zu

Thatsache für wahr, also bewiesen angenommen werden soll[89], indem hier der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen ist. Von ihr sagten die älteren Commentatoren: sie sey selbst Gesetz, welches beweise und sich daher streng genommen nicht einmal unter dem künstlichen Beweis, wozu sonstige Vermuthungen und Conjecturen gerechnet zu werden pflegten, aufführen lasse; sie erklärten also, daß eine solche praesumtio juris »probationem evidentem claram et manifestam« mache[90]).

Wenn daher z. B. bei der für die Ehrlichkeit eines Mannes streitenden Vermuthung der Richter einen Vormund, ungeachtet Niemand ihn beschuldigt, von der Vormundschaft entfernen will, so soll das nicht anders geschehen dürfen, es wäre denn, daß »ex apertissimis rerum argumentis« der Verdacht sich heraus stelle[91]).

Da sodann für die durch den Ehemann geschehene Erzeugung des während der Dauer der Ehe geborenen Kindes der Ehefrau ebenwohl eine Vermuthung streitet, so bedarf es, um solche auszuschließen, gleichfalls des Beweises des Gegentheils, daß also der Ehemann wegen seiner »infirmitas«, oder aus einer andern Ursache während der zutreffenden Zeit der Gattin nicht ehelich habe beiwohnen können[92]). Und ein solcher Beweis wird sehr vollständig seyn müssen und nur etwa im Fall des Zusammentreffens vieler Momente zur Auflegung des Ergänzungseides Anlaß sich darbieten.

In gleicher Weise wird auch in Ansehung solcher Verhältnisse, bei welchen viele mitgewirkt haben sollen, z. B. bei der Begrün-

---

erachten sey, bis das Gegentheil erwiesen werde; wogegen die erstere alsdann für vorhanden zu halten sey, »quando aliquid ex legitimis conjecturis vel a lege vel ab homine infertur, sed absque tali determinatione, ut tantum adjumentum sit ei, qui probare debet.«

89) Gesetzliche Beispiele finden sich in: l. 6 D. de his qui sui vel al. jur. (1. 6), l. 24 D. de prob. (22 3), l. 1 §. 1 D. de pact. (2. 14); l. 9 §. ult., l. 22, 23 D. de reb. dub. (34. 5), l. 26 pr. D. de pact. dot. (23. 4), l. 31 §. 21 D. de aedil. ed. (21. 1); cf. c. 12 X de praesumt. (2. 23).

90) Jason. ad l. 74 D. de leg. et fideic. (30. 1); Covarruv. lib. 2 variar. resol. cap. 6 n. 1.

91) l. 3 §. 4 D. de suspect. tut. (26. 10).

92) l. 6 D. de his qui sui v. al. jur. (1. 6).

bung einer Gewohnheit, von einer für diesen Eid erforderlichen inopia probationum nicht leicht die Rede seyn können, und man würde also, bei der Natur der Gewohnheit [93]), die Antretung des Beweises mit nur einem Zeugen und dem Erbieten, dessen Aussage eidlich zu ergänzen, nicht zulassen dürfen.

Verschieden von dem Bisherigen hat dann die auf Wahrscheinlichkeit gegründete Annahme der Existenz einer Thatsache, die praesumtio specialis sive facti nur den Sinn, daß solche aus der Handlung eines Menschen hergeleitet und deren Beurtheilung dem richterlichen Ermessen ausschließlich überlassen wird. Sie ist kein eigentlicher und vollständiger Beweis und befreit auch nicht von einem solchen; nur nimmt man sie in Fällen, in denen andere Beweise nicht zu erbringen sind, unter Umständen, als genügend dafür an [94]), dergestalt aber, daß, eben so wie bei der praesumtio juris, vielfache Abstufungen hier möglich sind und daß erst nach dem Grade derselben sich bestimmen läßt, ob noch ein Beweis zu führen sey, oder nicht. Nur das kann, wie Baldus [94a]) bemerkt, für beweisend erachtet werden, »quae alterius patrocinio non indiget.« Das ist aber bei der praesumtio facti alsdann der Fall, wenn sie des patrocinii legis bedarf, die, wenn sie a lege est recepta den Namen eines wirklichen Beweises verdient. Daher theilte man sie in minores und majores vel vehementes ein, erklärte die ersteren für »inclinationes animi viri boni ad eligendum alterum extremorum, ex intellectu provenientes«, die letzteren für »applicationes animi boni viri ad valde verisimile« [95]). Von solchen Vermuthungen wurde nun angenommen, daß, wenn sie durch sonstige unterstützende Momente bestärkt würden, »credibiles« seyen, ein halber Beweis dadurch geführt werde [96]). Sie erfordern indessen, um für den Richter

---

93) l. 32 §. 1 D. de leg. (1. 3).

94) z. B. die Präsumtion für Paraphernalgüter, l. 9 §. 2, 3 D. de jur. dot. (23. 3).

94a) in c. 1 §. sacramentum num. 10 de consuet. rect. feudi.

95) Bald. in rubr. C. de probat. num. 4.

96) Menoch. de praesumt. lib. 1 quaest. 36 (p. 36): »Credo — hanc ipsum hominis praesumptionem, si alio adjuvetur adminiculo semiplenam probationem facere. — Qua ex doctrina confirmatur id quod

glaublich zu seyn[97]), den zu dem Ende nöthigen Beweis, der alsdann, wenn nicht vom Gegner Einreden vorgebracht werden, wodurch jene Vermuthung geschwächt werden würde, zum Ergänzungseid führt.

Im Wesentlichen sind denn diese Grundsätze auch die in der Praxis befolgten, wie schon aus dem in Beziehung auf die übrigen unvollständigen Beweise bisher Ausgeführten erhellt. Wenn nun z. B. durch einen völlig glaubwürdigen Zeugen dem Beweissatze durchaus entsprechend deponirt worden ist[98]), so pflegt man dann freilich nicht von einer Vermuthung, sondern von einem directen Beweise zu reden; anders aber in dem Falle, wenn z. B. aus der Schriftvergleichung die Aechtheit der bestrittenen Urkunde bis zu einem gewissen Grade wahrscheinlich gemacht wird rc. Wie dort direct, so wird hier indirect die Existenz des zu beweisenden Factums aus dem Beweise abgeleitet.

Zu einer Vermuthung im engern Sinne nun wird, wie erwähnt, erfordert, einmal daß sie dringend („major et vehemens") und dann, daß sie vollständig bewiesen sey[99]) und es ist in dieser Hinsicht, um den Ergänzungseid für gerechtfertigt zu finden, in der hessischen Praxis insonderheit ausdrücklich erfordert worden, daß nur durch die erwiesene Thatsache eine dringende Vermuthung für die Wahrheit des Beweissatzes begründet werde[1]). Liegen daher z. B. nur Erklärungen vor, aus denen eine bestimmte, etwa auf ein außergerichtliches Geständniß gerichtete, Deutung sich nicht ergibt, oder welche doch nur als geringe Vermuthungen in Betracht

---

dixi qu. 30 in f. nempe praesumptionem hominis efficacem ita rejicere onus probandi in adversarium, ut rejicit praesumtio juris."

97) Hippolyt. de Marsil. Singularia (Goldast pract. observ. Francof. 1629) LXXXIII, p. 612: „Tene etiam menti in materia ista, quod juramentum non est deferendum in supplementum probationis; quando semiplena probatio non probat vere, vel necessario, sed praesumptive: vel quando ipsa semiplena probatio est elisa aliqua praesumptione in contrarium."

98) Braubach g. Köbrich [123] O. A. G. B. 3/3 1847; Poppenhäger g. Reuter [880] 12/6 1847.

99) Schade g. Kraft [4753] 22/6 1838.

1) Pfahr g. Siebrecht [7722] 12/3 1825.

kommen können [1]), so kann darauf hin der Erfüllungseid nicht auferlegt werden. Ausdrücklich ist denn auch bei den hessischen Gerichten angenommen worden, daß das Dasein einer solchen Vermuthung nur als einen halben Beweis erbringend anzunehmen sey, und daß, wenn diejenige Thatsache, welche die Grundlage für die Vermuthung abgibt, nicht vollständig bewiesen ist, also die letztere selbst noch keine ganz sichere Grundlage hat, ein ergänzender Eid an sich nicht erkannt werden kann [3]). In Ansehung dieses Beweises durch Vermuthungen muß denn also auch der Beweissatz ausdrücklich auf die zu vermuthende Thatsache selbst gerichtet werden [4]).

Wird den von einer Partei behaupteten Vermuthungsgründen gegenüber vom Gegner eine derselben entgegenstehende Vermuthung in Bezug genommen, dann hängt von der mehr oder mindern Stärke der einen oder andern und vom Beweise derselben die Beantwortung der Frage ab, welcher von Beiden entscheidendes Gewicht beizulegen ist [5]).

---

2) Bethmann Hollweg, a. a. O. S. 315; Linde a. a. O. §. 256.

3) Decis. Cass. T. I dec. 82 n. 2—4; Schade g. Kraft [4753] O. A. G. B. v. 22/6 1838.

4) z. B. bei dem Beweis einer Vermuthung für die Verübung des Ehebruchs, Löwenstein g. s. Ehef. [6098] O. A. G. B. v. 13/3 1839.

5) Es handelte sich in einem hier einschlagenden Falle vom Beweise einer Zahlung von 600 fl., für welchen drei Zeugen vorgeschlagen waren, deren Depositionen in sich resp. mit denen der andern nicht ganz im Einklang standen. Der eine Zeuge verneinte nämlich in seiner ersten Aussage, der Münzsorten noch (nach 24 Jahren) sich zu erinnern, in welchen das Geld zur Zeit der Zahlung aufgezählt worden sey, während er in der zweiten solche, als in Kronenthalern und dergleichen grober Silbermünze bestanden habend, angab. Wenn nun auch hiernach die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen und die Beweiskraft seiner Aussage geschwächt erschien, so hatten doch andrerseits zwei weitere Zeugen die fragliche Zahlung gesehen und das O. A. Gericht nahm daher an, daß dadurch jeder frühere Zweifel, daß die Zeugen bei der von ihnen bekundeten Geldaufzählung eine Zahlung einer geringern Forderung mit einer solchen der in Frage stehenden verwechselt haben könnten, beseitigt, nach Erledigung dieses Bedenkens durch die im Wesentlichen übereinstimmende Aussage der drei Zeugen für die zu beweisende Thatsache, also eine jenen Eid rechtfertigende dringende Vermuthung begründet und diese auch durch die vom Appellanten geltend gemachten gegentheiligen Vermuthungen nicht

Als Vermuthungen der einen oder andern der bisher erwähnten Arten hat man nun beispielsweise folgende in dem hessischen Rechte angesehen:

I. In Ansehung der Geltung von Gesetzen:

1. Es streitet im Allgemeinen eine Rechtsvermuthung für die gesetzliche Kraft des römischen Rechts in den deutschen Staaten, und sie muß für alle einzelnen, Deutschland angehörigen, Landestheile (namentlich auch für das Herzogthum Schleswig) so lange Anwendung finden, als nicht einestheils in einzelnen dieser Länder, notorisch, umfassende, das römische Recht im Allgemeinen ausschließende, Gesetzbücher Geltung erlangt haben [6]), anderntheils von der jenes leugnenden Partei das Bestehen einer sie ausschließenden, oder davon abweichenden Particular-Gesetzgebung in einem andern Landestheile behauptet wird [7]). Es gilt dieß namentlich in Beziehung auf römische Rechtsinstitute, welche dem älteren deutschen Rechte unbekannt waren und mit dem römischen Rechte eingeführt worden sind, wohin z. B. die Wirksamkeit der Cessionen, insonderheit der lex Anastasiana gehört [8]).

2. Was den niederhessischen Gebietstheil betrifft, so ist für solchen eine Vermuthung begründet, daß die eheliche Errungenschaft zwischen Bürgern und Bauern bestehe [9]). Wenn daher z. B. ein zu diesen gehörender Vater auf dem privativen Vermögen der Ehefrau lastende, oder sonst von ihr eingegangene Schulden zahlt, so muß in Folge jener Rechtsvermuthung auch angenommen werden, daß er dieß aus dem errungenschaftlichen Vermögen gethan, weshalb es denn einer gehörigen Behauptung bedarf, daß derselbe aus eigenen Vermögen solches bewirkt habe [10]).

---

beseitigt werde, da diese theils auf nur entferntere, theils auf solche Schlußfolgerungen sich gründeten, welche auf nicht überall unzweifelhaften Thatsachen beruheten, v. Stregen g. Hupfeld [4470] 20/6 1838.

6) v. Reineck g. Pfaff [4400] O. A. G. B. 22/9 1838.

7) Bundesacte Art. 1; Glück Com. Th. I §. 56 (S. 34); Eichhorn deutsch. Priv. R. §. 28.; O. A. G. Erk. in S. Kirschy g. Kirschy, 1834; Hanau. Wittw. Casse g. Rieß [7040] 31/3 1841.

8) Schmidt g. Heidecker [4498] 28/12 1837.

9) Sundheim g. Knierim [9034] 29/1 1845.

10) Siebert g. Siebert [8441] 15/1 1844.

3. Eben so ist für die allgemeine gesetzliche eheliche Gütergemeinschaft im Großherzogthum Fulda zu vermuthen [11]).

II. Für die Eigenschaft als Inländer wird so lange vermuthet, als sich ergibt, daß die betreffende Person im Inlande ihren Wohnsitz hat [12]).

III. In einem Falle, wo es sich um die Frage handelte, ob der Tod einer gewissen Militärperson, welche an dem russischen Feldzug im J. 1812 Theil genommen hatte und von verschiedenen Personen auf dem Rückzuge der französischen Armee bei Kowno ꝛc. noch gesehen worden war, bereits zur Zeit jener Retirade eingetreten gewesen sey? ging man davon aus, daß der Marsch nach Rußland, die unterbliebene Rückkehr von da, und der Mangel weiterer Nachricht von der gedachten Person keinen Beweisgrund für das in jenem Feldzug wirklich erfolgte Ableben, sondern die deshalbige Wahrscheinlichkeit nur die in einer für Hessen geltenden gesetzlichen Bestimmung [12a]) ausgedrückte juristische Vermuthung begründe, wonach ein solcher Abwesender mit dem Ende des J. 1820 für todt gehalten werden solle. Es bedürfe vielmehr besonderer factischer Momente, aus denen mit Gewißheit oder hoher Wahrscheinlichkeit auf den wirklich erfolgten Tod geschlossen werden dürfe. Diese wurden in dem Inhalte der Aussagen verschiedener Zeugen über den geistig und körperlich sehr herunter gekommenen Zustand jenes Mannes bei der erwähnten Retirade, welcher auf dessen bald danach erfolgtes Ableben schließen ließ, gefunden und daher dieses letztere selbst für in der That erfolgt, unter der Voraussetzung angenommen, daß die Partei, welche den Tod behauptet hatte, den Ergänzungseid ausschwören werde [13]). — Abwesenheit allein begründet keine Vermuthung für den Tod des Abwesenden [14]).

---

11) Schäfer g. Heisen [460] 5/1 1847.

12) Kuntze g. Maus [9667] 5/11 1844.

12a) Verordn. v. 12. Juni 1816 §. 2.

13) v. Fuchs g. v. Feilitzsch [9815] O. A. G. B. v. 31/1 1846, in Erw.: „das — die Auflage des Erfüllungseids sich rechtfertigt, jedoch die Eidesauflage einer Berichtigung bedarf, da der Eid nicht überhaupt auf den während des russischen Feldzugs eingetretenen Tod zu richten, sondern mit den Beweisgründen in Verbindung zu bringen ist, zu deren Ergänzung derselbe dienen soll."

14) Seitz'sche Erb. betr. [9412] 24/5 1845.

IV. Daß der Wohnsitz des Vaters, der aus der Nachweisung der bleibendenden Anstellung desselben an einem bestimmten Orte zu entnehmen ist, auch dessen Sohne zukomme, ist so lange anzunehmen, als nicht eine Veränderung des Wohnsitzes von Seiten des Vaters oder die nachherige Wahl eines andern Wohnsitzes von Seiten des Sohnes gegenbeweislich dargethan ist [15]); und eben so streitet die Vermuthung für das Fortbestehen der väterlichen Gewalt über ein Kind zur Zeit des Todes seines Vaters [16]).

V. In Beziehung auf das eheliche Verhältniß sind nach gesetzlicher Vermuthung (der praesumtio Muciana) alle in der gemeinschaftlichen Wohnung der Eheleute befindlichen beweglichen Gegenstände als dem Ehemann gehörig so lange anzusehen, als nicht von der Ehefrau ein ihr daran zustehendes ausschließliches Eigenthum dargethan wird [17]); und gleichergestalt streitet die Vermuthung dafür, daß der Ehemann die Ehefrau vor Gericht zu vertreten, nicht auch, daß er deren Vermögen zu verwalten habe [18]).

VI. Wenn vom Besitz die Rede ist, so wird regelmäßig vermuthet, daß er in eigenem und nicht in fremdem Namen ausgeübt worden sey [19]).

VII. In Ansehung der Ausübung eines Beholzigungsrechts durch den jedesmaligen Besitzer eines Hauses ist solche im Zweifel als im Namen des Hauses geschehen zu betrachten [20]);

---

15) v. Reineck g. Pfaff [4400] 22/9 1838.

16) Becht g. Becht [2746] 28/11 1835.

17) Braubach g. S. Saalmüller g. B. [558] 5/12 1846: „daß die Anwendbarkeit dieser Vermuthung auf den vorliegenden Fall auch dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die Querulantin, wie sie behauptet, ein Putzgeschäft betreibt und die gepfändeten Gegenstände zum Theil in dazu gehörigen Waaren bestehen, indem ein solches Geschäft bei der im Zweifel als unter beiden Ehegatten bestehend anzunehmenden Errungenschafts-Gemeinschaft der Einwirkung ihres Ehemannes, so lange nicht ein dieselbe ausschließendes Rechtsverhältniß dargelegt worden, nicht entzogen, auch nur als mit dessen Bewilligung von ihr betrieben anzusehen ist."

18) Frankenberg g. F. [4843] 15/1 1840.

19) Lecco g. v. Schellersheim [4432] 8/9 1838.

20) v. Bibra g. Langheld [8666] 17/6 1845.

und bei einem langdauernden Besitze und der Ausübung des Rechts auf Waldnutzungen in gleichartiger Weise auf eine dingliche Berechtigung an jenen zu schließen [21]); bei Holzberechtigungen überhaupt streitet die Vermuthung für die Beschränkung derselben auf das Bedürfniß [22]).

VIII. Zu den auf das Eigenthum an Grundstücken sich beziehenden Vermuthungen sind hier beispielsweise zu bezeichnen: die, welche auf die §§. 44 und 45 der Bauordnung vom 9. Jan. 1784 sich beziehen, wonach eine solche unter den daselbst angegebenen Voraussetzungen für das Allein-, oder Mit-Eigenthum eines Winkels streitet, nach dem §. 28 aber eine solche für das Eigenthum des Berechtigten an den nächsten zwei Fuß der Grundfläche nicht, vielmehr nur ein gesetzliches Servitutrecht begründet ist [23]); ferner für die Pertinenz-Qualität gewisser bei einem Burgsitz gelegener Grundstücke [24]); sowie für die Allodial-Qualität [25]); und die Fortdauer des guten Glaubens vom Zeitpunct des Besitzerwerbs bei der Adquisitiv-Verjährung [26]).

IX. Gegen die Richtigkeit einer Forderung streitet die Vermuthung in dem Falle, wenn diese erst nach mehr als 25 Jahren eingeklagt worden ist [27]).

X. Sind in einer Urkunde die Worte „baar vorgeschossene Geldsumme" gebraucht, so wird dadurch die Vermuthung begründet, daß ein Darlehnsgeschäft damit habe bezeichnet werden sollen [28]).

XI. Demjenigen, welcher Gesindedienste ohne Verabredung eines Lohnes geleistet hat, steht zufolge eines zu unterstellenden stillschweigenden Vertrags ein Anspruch auf Lohn zu [29]).

XII. Aus der Bewerbung um eine erledigte Dienststelle,

---

21) Gem. Ersrode g. v. Riedesel [8339] 6/5 1843.

22) „auch bei allgemeiner unbestimmter Zusicherung in einem Recesse", Gem. Mühlbach g. Fisc. Pr. [6177] 8/6 1839.

23) Seelig g. Wille [6286] 2/10 1839.

24) Wolf v. Gudenberg g. Wolf ꝛc. [7391] 14/8 1841.

25) Eck ux. betr. [9385] 2/4 1845.

26) Landgr. Wilhelm v. Hessen g. Fisc. Pr. [7386] 19/10 1842.

27) Gem. Bergen g. Grünbaum [8952] 5/4 1845.

28) Schwindt g. Kalbhenn [6090] 1/5 1839.

29) Schilling g. Flügel [7537] 13/5 1843.

in Verbindung mit der ihr gefolgten Uebertragung derselben ist die Vermuthung herzuleiten, daß jene unter denselben Verhältnissen erfolgt sey, in welchen der Dienstvorgänger mit der Stelle bekleidet war [30]). Als daher einem Beamten wegen seines Dienstes, unter andern Emolumenten, „die freie Wohnung" zugesichert worden war, wurde angenommen, es könne diese Bezeichnung nicht als auf das bloße Bedürfniß beschränkt angesehen, es müsse vielmehr derselben der Sinn beigelegt werden, daß jener unentgeltlich diejenigen Gebäude oder Theile von Gebäuden und Räume zu seinem Gebrauche erhalten solle, welche seine Dienstvorgänger inne gehabt hätten [31]).

XIII. In Beziehung auf Schenkungen wird aus dem Besitze einer dieselbe enthaltenden Urkunde die Uebergabe der letzteren durch den Schenkgeber gefolgert [32]). Als sich daher eine Schwiegermutter kürzere Zeit bei ihrem Schwiegersohne aufgehalten hatte, nahm man an, es streite die Vermuthung gegen deren Verbindlichkeit zur Leistung einer Vergütung für diesen Aufenthalt [33]), eben so, wie in dem Falle, wo, in Folge der Einladung des Alimentirenden an den Alimentirten, dieser derselben gefolgt und ihm der Unterhalt gereicht worden war [34]).

XIV. Als die Frage entstand: ob im Apotheker-Privileg Real- oder Personal-Qualität habe? wurde im Zweifel für erstere entschieden [35]).

---

30) Fisc. Pr. g. Ritter [8429] 21/12 1842.

31) Hospital Haina g. v. Boyneburgk [3832] 1/2 1837.

32) Fisc. Pr. g. Stadt Cassel [4150] 2/1 1838; Bachmann g. v. Spiegel [6705] 14/2 1844.

33) Weimann g. Pötter [8708] 30/12 1844. Hier hatte der Schwiegersohn von der Schwiegermutter Vergütung für Unterhaltungskosten während eines halbjährigen Aufenthalts derselben in seinem Hause verlangt. Es wurde bei diesem, compensationsweise vorgebrachten, Anspruche eine nähere Zeitangabe um so mehr vermißt, als nach der nicht bestrittenen Behauptung der Klägerin sie sich in unterbrochenen Zeiträumen bei dem Verklagten aufgehalten hatte, abgesehen hiervon aber jedenfalls bei dem Aufenthalte für kurze Zeiträume das Verhältniß der Klägerin als Schwiegermutter des Verklagten der sonst anzunehmenden Vermuthung für die Obliegenheit zur Leistung einer Vergütung für die fraglichen Leistungen entgegenstehe.

34) Gundlach g. Cammerschmidt [1705] 18/3 1837.

35) Lieblein g. Lieblein'sch. Cur. [7118] 13/8 1840.

XV. Rücksichtlich der Schwängerungsklagen streitet zunächst die Vermuthung dafür, daß der angebliche Schwängerer, die Begründung der Klage im Uebrigen vorausgesetzt, die Klägerin zum Beischlafe verleitet habe, die Behauptung der Verleitung daher nicht von ihr bewiesen zu werden braucht [36]. Sodann hat man nach der Analogie der für den Fall der Klage auf Ehescheidung wegen Ehebruchs [37]) auch in solchen Sachen eine Vermuthung auf Vollziehung des Beischlafs aus dem Zusammenliegen beider Theile in einem Bette angenommen [38]).

XVI. Hat die Mutter in ihrem Testamente, als Grund der Enterbung eines Kindes, eine Ursache, z. B. Mißhandlung, angegeben, so ist dadurch eine Vermuthung für die Wahrheit dieser Angabe begründet [39]).

XVII. Hinsichtlich der Auflösung einer Obligatio, z. B. durch Zahlung, Verzicht rc., ist angenommen worden:

a. daß bei vorliegendem Beweise, daß Jemand gezahlt habe,

---

36) Wolf g. Eckert [6186] 9/11 1839, in Erw.: „daß die ausdrückliche Behauptung der Verleitung zum Beischlafe als ein Erforderniß zur Begründung der Schwängerungsklage, auch soweit dieselbe auf Entschädigung pro defloratione gerichtet worden ist, nach hierüber in der Praxis feststehenden Grundsätzen nicht, und noch weniger ein Beweis, bei der dafür streitenden Vermuthung, als erforderlich angesehen werden kann." Hiernach wurde es nicht als beschwerend für den Verklagten betrachtet, daß die deßfallsige Behauptung, seiner bestimmten Verneinung ungeachtet, nicht zum Beweise ausgesetzt worden war.

37) nach c. 12 X. de praesumt. (2. 23).

38) Benoit g. Bonnet [6362] 1839.

39) Struck g. Heil [8865] 3/7 1844, in Erw.: „daß wenn auch, zufolge der Bestimmung der Nov. 115 c. 5 n. 14, den eingesetzten Erben der Beweis der von dem Erblasser angeführten Ursache der Enterbung des Notherben obliegt, hieraus doch nicht gefolgert werden kann, daß die Angabe der testirenden Mutter in ihrem errichteten Testamente über das Betragen des von ihr enterbten Kindes hinsichtlich der Beweisführung ganz unerheblich sey und keine Beachtung verdiene, vielmehr hier, wo es sich, bei dem Vorhandenseyn sonstiger Beweise von der größern oder geringern factischen Vermuthung für die Wahrheit des zu Beweis gestellten Umstandes handelt, die Angabe der Mutter in einem so feierlichen Acte, kurz vor ihrem Tode, über das Betragen ihres Kindes" (die von demselben ihr zugefügten Mißhandlungen), „in so fern nicht besondere zur Entkräftung einer solchen Vermuthung dienenden Gründe dargelegt werden, dazu geeignet erscheint, die übrigen Beweise zu unterstützen, — und hiernach, bei dem durch die Zeugen Bekundeten, der Beweis als bis zum Erfüllungseide erbracht anzusehen ist —."

die Vermuthung dafür streite, daß derselbe im eignen, nicht im Namen eines Andern, die Zahlung geleistet habe [40]).

b. Aus der Zurückgabe, dem Durchschneiden, oder Durchstreichen einer Schuldurkunde ist, unter den sonstigen Voraussetzungen, die Vermuthung, daß die Schuld gezahlt worden oder Erlaß eingetreten sey, zu entnehmen [41]).

c. Die von Seiten des Schuldners zu verschiedenen Malen, in bedeutenden Zwischenräumen, geleisteten Abschlags-Zahlungen begründen, zumal wenn der Schuldner keinen Grund, um diese Handlungen anders zu erklären, angegeben hat, für das Vorhandenseyn der Schuld, für welche im untergebenen Falle eine Bürgschaft übernommen worden war, eine so starke Vermuthung, daß dem Gegner eine deshalbige Beweisführung nicht weiter auferlegt, vielmehr dem Schuldner nur der Beweis nachgelassen werden konnte, daß der Erblasser seines Gegners an ihn die fragliche Forderung nicht gehabt habe [42]).

d. Man hat denn auch weiter angenommen, es sey daraus, daß ein Steuerpflichtiger vom J. 1812 bis 1831 Steuern von einem Grundstücke entrichtete, die dringende Vermuthung abzuleiten, daß jener auch in früherer Zeit (in den J. 1805 bis einschließlich 1811 und im J. 1824) solche gezahlt habe [43]);

e. so wie, in früherer Zeit, daß, wenn ein Gläubiger erst nach einer langen Reihe von Jahren und nach dem Tode des Schuldners gegen dessen Erben die querela non numeratae pecuniae erhoben hatte, bei Vorlegung von Quittungen und abgehörten Rechnungen Seitens derselben, die Vermuthung wider die Intention des Gläubigers streite und daher zum Beweis jene Querel oder einer deshalbigen Einrede, wenn derselbe gleich auf andere Art zur Hälfte [44]) erbracht wäre, des Erfüllungseids sich nicht bedient werden könne. In späterer Zeit ist indessen, abweichend davon, angenommen, daß, auch bei unvollständiger

---

40) Prinzeß. Charlottesche Fideicommißm. g. Lampmann, 1837.

41) l. 2 §. 1 D. de pact. (2. 14); l. 24 D. de prob. (22. 3); l. 7 C. de remiss. pign. (8. 26). v. Stenglin g. Gans [4873] 15/6 1839.

42) Schminke g. Grünhagen [913] 6/12 1828.

43) Mäckel g. Mäckel [7799] 18/3 1843.

44) Decis. Cass. T. I dec. 13 n. 11.

Erbringung des Beweises, der Richter einen Eid auflegen könne [44a]).

XVIII. Gegen jeden **Verzicht** auf wohlerworbene Rechte streitet die Vermuthung [45]). Die aus der Unterzeichnung einer **Urkunde** in der Regel zu entnehmende Präsumtion, daß der Unterzeichner durch das Lesen derselben mit deren Inhalt sich zuvor bekannt gemacht habe, fällt daher weg, wenn nachgewiesen wird, daß der angebliche Aussteller zur Zeit der behaupteten Unterzeichnung Geschriebenes nicht habe lesen und seinen Namen nicht habe schreiben können [46]). Es waltet hier Analogie mit dem Falle ob, wo Jemand eine Urkunde nur unterkreuzt hat; auch da ist solche nur dann beweisfähig, wenn zugleich dargethan wird, daß der Unterkreuzende mit dem Inhalte der Urkunde bekannt gewesen ist, indem bei diesem vorausgesetzt wird, daß er selbst nicht im Stande sich befunden habe, denselben durch Lesen kennen zu lernen [47]).

XIX. Ist eine **Appellations-Anzeige** an einem gewissen Tage erfolgt, dann wird vermuthet, daß am letzteren dem Appellanten bereits legale Kenntniß von dem angefochtenen Bescheide zugekommen sey [48]).

XX. Es ist sodann das Recht, die äußere und innere **Einrichtung der Schulen** festzusetzen, namentlich auch die Lehrgegenstände und den Grad der in den einzelnen Schulen zu bewirkenden

44a) Silberberg g. Ebert, 1833. Vergl. darüber **Kurhess. Zeitschr.** für Recht und Gesetzgeb. H. 1 S. 244 Not. 2.

45) Bernhard g. Hanau. Wittw. Casse [7220] 31/8 1812.

46) Bachmann ux. g. v. Spiegel [6705] 7/9 1841. In diesem Fall hatte die Appellantin aus einer Schenkungsurkunde den Gegenstand derselben verlangt; der Appellat aber wollte durch Zeugen beweisen, daß sein Vater, der Schenkgeber, die im Text erwähnte Fertigkeit nicht zur fraglichen Zeit gehabt habe. Die benannten Zeugen wurden abgehört, bekundeten aber, abgesehen von einigen speciellen Vorgängen, nur, daß im Wohnorte des angeblichen Ausstellers der Urkunde das Gerücht bestanden habe, derselbe könne Geschriebenes nicht lesen. Man nahm an, daß das Alles nicht dazu geeignet sey, eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß das gedachte Unvermögen bei ihm stattgehabt habe, in einem solchen Grade zu begründen, um auf den Erfüllungseid zu erkennen, woneben denn auch den Befundungen jener Zeugen die positive Aussage eines Zeugen über entgegengesetzte Wahrnehmungen entgegenstand. Da der Appellat die Aechtheit der Unterschrift in Abrede gestellt hatte, so wurde auf den Diffessionseid dem Glauben nach erkannt.

47) Glebe g. Pfaff [4120] 1838.

48) v. Bischofshausen g. Schafhalter zu Hebenshausen [6308] 12/2 1839.

Ausbildung zu bestimmen, abgesehen von dem durch die confessionelle Verschiedenheit begründeten Modificationen gemeinrechtlich und nach hessischem Rechte unzweifelhaft als zu den landesherrlichen Befugnissen gehörig betrachtet und angenommen worden, daß die Vermuthung stets gegen deren Beschränkung streite [49]).

XXI. Wie sodann schon im Allgemeinen die Präsumtion der Redlichkeit und Wahrheitsliebe dem Individuum zur Seite steht, begleitet insbesondere den im Lande bestellten öffentlichen Beamten die Vermuthung, daß ihr Verhalten und Verfahren ein gesetzliches sey.

Es ist das

a. in besonderer Beziehung auf die Gerichte angenommen worden [50]); namentlich streitet eine solche Vermuthung dafür, daß dasselbe die objective Zuständigkeit gewahrt [51]), Zeugen nicht in betrunkenem Zustande abgehört [52]), die Vorlesung des von ihm aufgenommenen Protocolls und dessen Genehmigung veranlaßt, — wenn auch eine Registratur nicht vorliege [53]), — ferner, daß dasselbe seine Erkenntnisse auch publicirt habe [54]), daß die vor ihm geschehene Ueberreichung eines Testaments nicht ohne die gesetzlich vorgeschriebene Zuziehung eines Actuars erfolgt sey [55]).

In Beziehung auf die von einem Hanau'schen Untergerichte

49) Vergl. über das Nähere: N. Samml. Entsch. des O.A.G. zu Cassel, B. III Abth. 1 S. 311 fg.

50) Prehmer g. Koch [6340] 6/2 1841.

51) Heinemann g. Fisc. Pr. [7978] 21/10 1843, in Erw.: „daß soviel die vom Appellanten bestrittene Competenz des Justizamts angeht, dafür, daß dasselbe genaue Kenntniß von dem Umfange seines Gerichtsbezirks gehabt und sonach seine dingliche Gerichtsbarkeit nicht überschritten habe, die Vermuthung streitet und dagegen der auf keine Weise begründete Einwand der Appellanten, das betreffende Grundstück liege wenigstens zum Theil außerhalb dessen Gerichtsbezirks, in keinen Betracht kommen kann."

52) Gem. Pohle g. Gem. Wiersen [9028] 7/9 1844.

53) Ueber die Vermuthungfür die Legalität gerichtlicher Protocolle überhaupt, vergl.: c. 13 X. de praes. und: N. Samml. bemerk. Cassl. O.A.G. Entsch. Th. VI S. 193 fg.; Schulz g. Kistner [20] 19/12 1846; Thiel g. Thiel [7279] 16/11 1842.

54) Herrche g. Röber [6570] 26/8 1843.

55) Fisc. Pr. g. Israel [3729] 27/12 1836. Es wurde hier zugleich angenommen, daß aus der Registratur, der Testator sey vor Gericht erschienen, gefolgert werden müsse, daß der Actuar zum Acte der Annahme des Testaments hinzugezogen sey.

ertheilte Bestätigung eines s. g. Loos- und Theilzettels [55a]) wurde angenommen, es müsse vermuthet werden, daß vor der Ertheilung der Bestätigung diejenigen Personen, welche um solche gebeten hätten, vom Gerichte über den Inhalt des eingereichten Aufsatzes verständigt worden seyen [56]).

Im Allgemeinen ist indessen noch zu bemerken, daß die den gerichtlichen Handlungen zur Seite stehende Vermuthung nicht soweit sich erstreckt, um die Thatsache der Bevollmächtigung einer bei einer Vertragsabschließung aufgetretenen dritten Person als vorhanden anzunehmen [57]).

b. In Beziehung auf eine Wasserbau-Behörde wurde angenommen, es stehe ihr die Vermuthung zur Seite, daß sie, ihrer Dienstpflicht gemäß, zur Vornahme einer, für eine dazu pflichtige, aber säumige, Gemeinde bewirkten Wasserbaute nur soviel aufgewendet habe, als zu deren Herstellung erforderlich gewesen sey [58]).

c. Auch rücksichtlich des Magistrats einer Stadt, als öffentlicher Behörde, ist die Legalität seiner Amtshandlungen und folgeweise namentlich angenommen worden, es müsse ein etwaiger Mangel der Giltigkeit des Beschlusses desselben als Einrede dargelegt werden [59]).

Im Bisherigen sind meistens nur solche Fälle erwähnt, in denen im Wege des gewöhnlichen, nicht künstlichen, Beweises die Frage, ob eine Thatsache für wahr oder wahrscheinlich zu halten, oder das Gegentheil derselben zu vermuthen sey, zu beantworten ist. Es sind nunmehr noch einzelne Beispiele complicirterer künstlicher Nachweisung anzuführen, in welchen die Praxis die Frage gelöst hat, wann auf künstlichem Wege, durch Nachweisung einzelner, eine solche Vermuthung zu begründen geeigneter, Thatsachen jener Zweck zu erreichen gesucht werden muß. Dergleichen Fälle waren z. B. folgende:

1. Es entstand der Zweifel, ob, wie behauptet worden war, ein Verkauf von gewissen Staatspapieren stattgefunden

55 a) Vergl. N. Samml. ꝛc. Th. VII S. 253 fg.

56) Prehmer g. Koch [6340] 6/2 1841.

57) Lion g. Epstein [8022] 5/3 1842.

58) Gem. Gombeth g. Fisc. Pr. [954] 2/4 1845.

59) Barthel g. Stadt Melsungen [8950] 19/11 1844.

habe. Diejenige Partei, welche sie gekauft zu haben behauptete, ein Handelsmann, bezeichnete solche nach Serien, Buchstaben und Nummern; ein Zeuge bekundete, daß jener selbst ihm aus einem Notizbuche mitgetheilt, wie er jene Obligationen von dem angeblichen Verkäufer erhalten, — ein anderer, daß ihm der Sohn des Käufers einen Eintrag in einem Buche des letzteren vorgelegt, welcher die Obligationen als von dem Verkäufer empfangen, nebst Berechnung der Stückzinsen und des Agio enthalten, — ein dritter, daß er die gedachten Papiere in dem ihm vom Käufer vorgelegten Geschäftsbuche eingetragen habe. Es wurde daher in letzter Instanz angenommen, daß der Beweis jener Veräußerung bis zu einem die Nachlassung des Erfüllungseids rechtfertigenden Grade der Wahrscheinlichkeit erbracht worden sey [60]).

2. Es klagte der Darleiher aus einem Schuldscheine wider den Empfänger des Darlehns auf Zurückzahlung desselben. Dieser erkannte die Urkunde als richtig an, leugnete aber den Empfang des Gelds. Dem Kläger wurde der Beweis der Auszahlung auferlegt, wozu er der Eidesdelation sich bediente. Der Verklagte nahm den Eid an, trat aber sodann Beweis zur Meineidsverhütung durch Zeugen an und diese deponirten Folgendes: Der erste Zeuge, welcher in affinitate secundi generis mit dem Kläger (Producenten) und primi generis mit dem Verklagten stand: Er habe als Vermittler am Darlehnsgeschäft Theil genommen, durch Aufbewahrung des dargeliehenen Gelds auch nach der Zahlung dabei mitgewirkt und gehört, daß der Verklagte die erfolgte Auszahlung eingestanden habe, so wie, daß er bei wiederholten Gesuchen desselben an den Kläger um Fristgestattung wegen Rückzahlung der Darlehnssumme gegenwärtig gewesen sey und sie angehört habe. Dem zweiten Zeugen hatte der Verklagte erzählt, daß er das Darlehn vom Kläger erborgt habe, unter Angabe specieller Umstände über die Münzsorte und Art der Verwendung der Summe, auch hatte derselbe in Beziehung auf die folgende Nacht, in der sie gemeinschaftlich in einer Kammer geschlafen, versichert, daß der Verklagte Geld ihm gezeigt und gesagt habe: „so haben ich dessen lauter vom Kläger bekommen". Während der erste Zeuge als ein classi-

---

60) Lederer g. Erlanger [595] 5/10 1849.

scher sich darstellte, war der andere vom Verklagten durch die Behauptung verdächtigt worden, daß er durch Schenkung eines Kapitals von 3000 Thalern Seitens des Klägers diesem sein zeitliches Glück zu danken habe. Gleichwohl wurde auf dieß Ergebniß der Beweisführung zur Verhütung des Meineids hin, der Beweis als bis zum Erfüllungseid geführt erachtet [61]).

3. Wie sodann in Ehescheidungssachen auf den dringenden Verdacht des vom verklagten Theile verübten Ehebruchs [62]), oder der Mißhandlung der im Zustand der Schwangerschaft befindlichen Klägerin [63]), die Auflegung des Ergänzungseids stattfindet, so wird auch in Schwängerungssachen unter Voraussetzung genügender Vermuthung ein Gleiches erkannt. So hatte in einem hier einschlagenden Falle ein Zeuge versichert, daß der Verklagte in zutreffender Zeit mit der Klägerin in derselben Kammer geschlafen habe; zwei andere gaben an, daß dieß in der erwähnten Zeit mehrmals geschehen sey; ein weiterer Zeuge bekundete eine Aeußerung des Verklagten, welche mit Wahrscheinlichkeit darauf schließen ließ, daß derselbe sich mit der Klägerin fleischlich vermischt habe. Zwar behauptete jener, daß er die Schlafkammer der Klägerin nicht selbst zur seinigen gewählt, solche ihm vielmehr von seinem Lehrherrn dazu angewiesen worden sey; diese Angabe bestätigte sich indessen nicht. Es wurde daher der Klägerin der Erfüllungseid auferlegt [64]). — Dieselbe Folge hat man in solchen Sachen dem Zeugniß der Mutter des Verklagten über ein außergerichtliches Geständniß ihres Sohnes, in Verbindung mit andere Aussagen

61) Metz g. Wicke, 1834, in Erw.: „daß auch an der Beweiskraft des vom zweiten Zeugen bekundeten außergerichtlichen Geständnisses, bei der aus allen Umständen hervorgehenden Ernstlichkeit desselben, nicht zu zweifeln steht, — und die Aussage dieses Zeugen in der des ersten eine um so bedeutendere Unterstützung findet, als dieser nicht nur mit dem Verklagten näher als mit dem Kläger verschwägert ist, sondern auch seine Aussage speciell auf solche Thatsachen gerichtet hat, aus welchen selbst eine Anerkennung der durch den Empfang des Darlehns bewirkten Schuld von Seiten des Verklagten dem Kläger gegenüber hervorgeht —“.

62) Kornemann g. s. Ehefr. [73] 28/2 1846.

63) Brehm g. s. Ehefr. [9084] 1/5 1844; hier hatten die Zeugen die Mißhandlung selbst nicht wahrgenommen.

64) Otto g. Ludwig [4260] 1837.

über verdächtigende Umstände, gegeben [65]), so wie endlich weiter angenommen, daß ein Geständniß des Beischlafs, in Verbindung mit dem Einwande der nicht zutreffenden Zeit, jedenfalls eine Vermuthung der Schwängerung bewirke und daß wenn daher die Fortsetzung des leichtfertigen Umgangs zwischen beiden Theilen nur halb bewiesen werde, alsdann die Klägerin zum Ergänzungseide zuzulassen sey [66]).

Zweiter Titel.

Bedeutung und Werth des Streitobjects.

§. 24.

Grundsätze des gemeinen Rechtes.

Es war, wie schon oben (S. 12, 38) angedeutet worden ist, seit der Glosse eine und zwar unbestrittene Regel, daß der Erfüllungseid nicht »in causis magnis et arduis« auferlegt werden dürfe [67]) und es herrschte, wie gleichfalls bemerkt worden (S. 39), unter den Juristen damaliger und späterer Zeit die größte Verschiedenheit über die Bestimmung des Umfangs, welcher hier als Maaßstab einessolchen Urtheils dienen könne [68]). Es lag das auch in der relativen Beschaffenheit des letzteren und darum erscheint weniger diese

---

65) Otto g. Urff [8365] 11/4 1843.

66) Kuhn g. Jäger, O. A. G. D. v. 22/10 1817.

67) Vergl. auch von den spätern Juristen, z. B. Hippolyt. de Mars. singul. 461 (p. 713).

68) Wie schwach der Anhaltspunkt ist, welchen der Richter in der Größe des Streitobjects, nach dem in Geld anzuschlagenden Werthe desselben, findet, erhellt z. B. aus dem von Leyser (spec. 141 n. 3) mitgetheilten Rechtsfalle, in welchem ein reicher Kaufmann, der in einem Concurse neben andern, aber geringen und armen, Leuten seine mehrere hundert Thaler betragende Forderung liquidirt, aber dieselbe nur halb bewiesen hatte. Die Facultät nahm zwar an, daß allerdings in Sachen von großer Wichtigkeit auf den Erfüllungseid nicht leicht gesprochen werde; erkannte aber gleichwohl darauf, da nicht abzusehen sey, warum dieser Eid vorliegend nicht stattfinden könne, weil das Object derselben nicht so groß und wichtig sey, daß Kläger, als ein wohlhabender Kaufmann, dadurch zum Meineid sollte verleitet werden.

quantitative Werthbestimmung, als vielmehr diejenige von Wichtigkeit, welche man nach der intensiven Bedeutung des Streitobjectes daneben geltend machte. Dieser lag der Gedanke zum Grunde: man dürfe bei einem besonders wichtigen, d. h. auf die höchsten Güter des Menschen sich beziehenden Rechte, wie Leben, Freiheit, Ehre, das Bestehen der Ehe und andere ähnliche, eine Partei nicht in die Lage versetzen, im Hinblick auf den drohenden Verlust eines solchen, das Gewissen zu verletzen und damit der ewigen Güter sich selbst zu berauben; jedenfalls also dürfe schon um des in einer solchen Collision begründeten Verdachtes willen der Eid einer unvollständig beweisenden Partei nicht auferlegt werden. Dieß schien um so weniger zweifelhaft in dem Falle, wo bereits der bisherige Lebenswandel genügenden Grund abgab, in die Wahrheitsliebe und die Scheu derselben vor einer Uebertretung der göttlichen Gebote Zweifel zu setzen. Es sind hier nur folgende Arten von Rechtsstreiten hervorzuheben:

1. Die Criminalsachen. So verschieden, ungeachtet bestimmten Ausspruchs in den Gesetzen [69]), die Ansichten darüber waren, ob alsdann, wenn in Beziehung auf solche unvollständiger Beweis vorliege, derselbe durch den Eid ergänzt werden könne [70])? so unterschieden doch Manche ganz richtig, ob es sich von einer öffentlichen Strafe dabei handle, also nicht von einer actio, sondern von einer accusatio, — oder ob von einem Civilanspruch die Rede sey, welcher auf Veranlassung des Straffalles vom Betheiligten verfolgt werde. Unter jener Voraussetzung war dann entweder der Fall zur Anwendung der Tortur, oder einer außerordentlichen Strafe geeignet, wenn nämlich die argumenta et indicia als magna sich darstellten; oder es war eine Absolution begründet; ein Eid schien aus der Besorgniß, daß zum untersuchten Verbrechen, noch das des Meineids kommen werde, gerade hier am

69) l. 25 C. de prob. (4. 19): »Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita«; l. 16 C. de poen. (9. 47). Mynsinger cent. II obs. 68 §. 13; Struv. exerc. XVII th. 43.

70) Vergl. Fachinaei controv. lib. 1 c. 15.

71) Setser, l. cit. pag. 492 n. 8 seq.

bedenklichsten zu seyn[71]). Unter dieser Voraussetzung, wenn also der Ankläger in einer Criminalsache einen Civilanspruch geltend machte, schlug freilich jener Grund direct nicht ein; inzwischen wurde doch auch hier, offenbar wegen des Zusammenhangs mit dem Verbrechen selbst, von den älterern Rechtslehrern dieß Wahrheits-Erforschungs-Mittel verworfen [72]).

Eben so hoch, als das Leben und die Freiheit wurde dann aber

2. die Ehre und der gute Ruf geachtet, auch die deshalbigen Streitigkeiten daher zu den bedeutenden und wichtigen gerechnet und demnach auch bei darauf sich beziehendem unvollständigen Beweise der Erfüllungseid für unzuläßig erklärt [73]), da ja überhaupt für den Beweis des Dolus »indicia perspicua« erfordert werden [74]). Man zählte dahin namentlich auch die »causae usurariae pravitatis«, weil Justinian [75]) darauf eine »infamiae macula« gründe, sowie überhaupt alle, bei denen im Falle einer Verurtheilung dieser Erfolg eintrete [76]).

3. Vor Allem aber kommen hier in Betracht die causae matrimoniales, bei denen die Scheidung in Frage stand. Bei ihnen erforderten die älteren Juristen probationes lucis meridianae clariores und fanden daher die Zulassung eines Beweises, welcher nur etwa zur Auflegung des Erfüllungseides führen könne, ungeeignet. Der tiefere Grund lag in der Ehrfurcht vor der Heiligkeit der Ehe, die es ausschloß, dem Willen der Parteien die Lösung derselben zu überlassen, und man erkannte es sonach für einen actus irreligiosus, das Band der Ehe, welches nach Gottes Ordnung zu dem Ende geschlossen sey, »ut duo in carne una ad perpetuam et individuam vitae consuetudinem evalescant«,

---

72) Vergl. Menoch. de arbitrar. judic. quaest. lib. II cent. 2 cap. 464 (p. 624).

73) Gail, 1, oserv. 123 n. 5, 6; Setser, l. cit. n. 6 (pag. 491): »Fama enim hominis omnium rerum preciosissima est et plane inaestimabilis, graviorque ejus amissio, quam oculorum amissio habetur: imo causa vitae et honestatis a pari procedunt —.«

74) l. 6 C. de dolo mal. (2. 21).

75) l. 20 C. ex quib. causis infam. irrog. (2. 12).

76) Naevius, de jurejur. P. III cap. XI §. 13 (p. 310).

durch den Eid zu lösen und einen auf diesen Erfolg abzielenden unvollständigen Beweis durch einen Eid zu ergänzen[77]).

Für den Fall, daß es sich um die **Erhaltung** der Ehe handelte, waren dagegen die Ausleger verschiedener Ansicht. **Einige** ließen diesen Eid zu, wenn halb bewiesen und dieser halbe Beweis durch Gegenbeweis nicht ausgeschlossen war[78]). **Andere** mißbilligten dieß, indem sie ausgingen **theils** von der Gleichstellung der Ehesachen mit den Criminalsachen und von der Humanitäts-Rücksicht, »quia grave sit, si actrice jurante, reus nolens volens ad nuptias et jugum perpetuum contra voluntatem et libertatem suam detrudi debeat« [79]); **theils** von der Natur des Ergänzungseids, als eines von der Regel, es dürfe Niemand in eigener Sache zeugen, abweichenden außerordentlichen Rechtsmittels, woneben sie, weil es sich hier gleichsam von einer Statusfrage handele, die Nachlassung dieses Eides von der Voraussetzung abhängig machten, daß eine »talis probatio afferatur, quae semiplenam **longe** excedat et proxime ad probationem perfectam accedat« [80]); theils, indem sie zu dem Ende erforderten, daß entweder der Gegner eingewilligt habe, oder, neben dem halben Beweise, bedeutende und dringende Vermuthungsgründe vorhanden seyen, die Partei aber, welche schwören solle, durch »dignitas, nobilitas, divitiae et similia« ausgezeichnet, deren Widersacher dagegen »vel neglectae conditionis, aut plebeja, aut pauper sit« [81]). Noch **Andere** erklärten es für eben so gefährlich zur Aufrechthaltung der Ehe, den Eid aufzulegen, als zum Zwecke der Aufhebung derselben; ja sogar insofern noch gefährlicher, weil auf solche Weise der andere Theil zur Ehe genöthigt werde, ohne Aussicht zu haben, wieder in den vorigen Stand gesetzt zu werden. Gerade für diesen Fall wurde dann die Verhü-

---

77) **Naevius**, l. c. §. 12 (p. 308). **Seraphinus** de privil. juram. XXXIII, n. 14 seq.

78) **Consil. Tubing.** (Besold.) 140 num. 26; **Carpzov**, lib. 3 def. 46.

79) **Vultejus**, in consil. Marpurg. 15; **Richter** decis. 8 num. 40.

80) **Brunnemann**, consil. 62 num. 2 seq.

81) **Brouwer** de jur. connub. lib. 1 cap. 23 n. 29 seq.

tung der Eidesauflage, oder wenigstens die sorgfältigste Erwägung aller Umstände anempfohlen, weil das in Beziehung auf die Auflegung des Eids, in soweit sie gegen das Bestehen der Ehe geschehe, angenommene Princip an die Grundsätze des päpstlichen Rechts in Betreff der sacramentalen Eigenschaft der Ehe sehr lebhaft erinnere [82]).

4. Ein weiterer Lehrsatz war sodann, daß in dem Fall eine zur Auflegung des Erfüllungseides ungeeignete Sache vorliege, wenn durch ausdrückliche gesetzliche Vorschriften in Beziehung auf solche eine gewisse Feierlichkeit, oder mehr als sonst vollständiger, oder doch sofort vollständiger Beweis vorgeschrieben worden sey [83]). Sein Fundament war im Grund genommen, zum Theil wenigstens, dasselbe, als bei den bisher unter 1—3 erwähnten Fällen. Wie nämlich bei diesen letzteren der Gedanke leitete, daß wegen der Wichtigkeit der Sache der Beweis nicht in solcher Weise geführt, nicht auf die eidliche Versicherung des Betheiligten gestellt werden dürfe, — so mußte man folgerichtig dahin gelangen, daß, wenn der Fall vorliege, wo zum Beweise überhaupt die gewöhnlichen Mittel ihn zu führen nicht ausreichen sollten, alsdann noch viel weniger es gestattet seyn könne, z. B. auf den Grund nur eines Zeugen, den Mangel eidlich suppliren zu lassen. Hier wurde denn nun eine Reihe von Fällen angeführt, in welchen man die angedeuteten Voraussetzungen begründet fand. So sollte namentlich

a. alsdann, wenn eine Compensation in Frage stand, der Erfüllungseid wegfallen, weil der Beweis ihrer causa »liquida et non multis ambagibus innodata« seyn müsse, damit der Richter alsbald in der Lage sich befinde, schnell in der Sache zu entscheiden [84]).

b. Ein Gleiches nahm man an in Beziehung auf den wider Kinder zu führenden Beweis ihrer Undankbarkeit, als Enterbungsgrund, weil auch für diesen Fall gesetzlich vorgeschrieben ist, daß die Erben »liquidis et indubitatis probationibus« jene überfüh-

---

82) Heineccius de lubricitate jurisjur. suppletor. §. 27 (p. 47).
83) J. S. Stryk, diss. de caus. juram. suppl. respuent. §. 4 seq.
84) l. 14 C. de compens. (4. 31).

ren müßten [85]); was man denn überhaupt auf den Beweis der Undankbarkeit bezog [86]).

c. Für den Fall sodann, daß ein Gläubiger eine Beweisurkunde verloren hatte, sollte ihm das zwar nicht schaden, er indessen verbunden seyn, »manifestis probationibus« darzuthun, daß die in der Urkunde angeblich aufgeführten Personen die Schuldner seyen [87]); auch hier erkannte man einen Fall an, wo dieser Beweis nicht durch das Suppletorium zu führen stehe, es sey denn, daß jener schon einmal, früher, erbracht und danach erst die Urkunde abhanden gekommen wäre, für welchen Fall die eidliche Erhärtung für statthaft erachtet wurde [88]). Für erforderlich hielt man es dann aber in jenem Fall, daß der Verlust der Urkunde sehr wahrscheinlich gemacht und der Schwörende guten Rufes sey [89]).

d. Wenn sodann in den Gesetzen bestimmt wird, daß insofern der Bürge die Schuld für den Hauptschuldner gezahlt haben solle, dieß »legitime« bewiesen werden müsse [90]), so fand man auch hier einen solchen Ausschließungsgrund des Eids [91]); und diesem Falle stand dann der gleich, wenn Jemand anfangs schriftlich einräumte, daß er eine Bürgschaft geleistet habe und hinterher dieß leugnete; denn wenn, wie hier, ein Act in der entsprechenden solennen Weise vollzogen worden ist [92]), kann der Beweis des Gegentheils nicht anders als vollständig geführt werden.

---

85) l. 10 in f. C. de secund. nupt. (5. 9).

86) nach l. ult. C. de revoc. donat. (8. 56); Nov. 115 c. 3. — Mascard, l. c. vol. I concl. 899 n. 80.

87) l. 1 C. de fide instrum. (4. 21); cf. l. 5 C. eod.

88) l. ult. in f. C. eod.

89) Leyser med. T. IV sp. 283 n. 7, 8. Derselbe bezieht sich zugleich auf ein Erkenntniß der Helmstädter Facultät, nach welchem der Verlust des in Rede stehenden Consens-Briefs „in Ansehung des producirten Extracts, auch anderer angegebenen Umstände ziemliche Wahrscheinlichkeit", und mit Rücksicht darauf, daß die betreffende Partei als eine »persona integrae existimationis« sich darstelle, zur Auflegung des Eides für solche führte.

90) c. 2 X. de fidejuss. (3. 21).

91) Jason ad l. 31 D. de jurejur.; Berlich l. cit. concl. 54 n. 39.

92) l. 30 D. de verb. oblig.

e. Insbesondere mußten denn auch, nach Maaßgabe des angedeuteten Grundsatzes, die Lehenssachen als causae arduae angesehen werden, in dem Falle nämlich, wenn auf den Grund der Undankbarkeit des Vasallen eine Privation des Lehens eintreten sollte, weil hier ein Beweis durch fünf Zeugen erfordert wurde[93]. Beim Streite darüber, ob ein feudum ein »antiquum« oder »novum« sey, überließ man es indeß lediglich dem richterlichen Ermessen zu beurtheilen, ob dem, welcher die eine, oder dem, welcher die andere Eigenschaft behaupte, der Ergänzungseid auferlegt werden müsse[94]).

Die bisher angeführten Beispiele, in welchen man die Zulässigkeit des Ergänzungseides ausschließen zu müssen geglaubt hat, weil eine causa ardua vorliege, oder weil Gesetz und Recht vollständigen und unzweifelhaften Beweis erfordere, mögen hier genügen. Ihre Zahl ist auf 38[95]), von Andern[96]) sogar auf 65 vermehrt worden. Dieser großen Manchfaltigkeit der Fälle, in welchen aus dem angegebenen Grunde der Erfüllungseid unstatthaft seyn soll, ungeachtet, kam man dennoch immer auf den Satz zurück, es müsse hier dem verständigen Ermessen des Richters überlassen werden, nach der Beschaffenheit der Person zu prüfen, wem dieser Eid aufzuerlegen sey. Einzelne näher eingehende Particulargesetze gaben inzwischen einen, mit den bisher entwickelten Grundsätzen im Wesentlichen übereinstimmenden, festern Anhaltspunct[97]).

---

93) II. F. 57 in f.

94) Menoch., de arbitrar. judicum quaest. lib. II cent. 2 cas. 191.

95) Seraphinus, l. c. XXXIII n. 14.

96) Berlich, l. c. Part. I concl. 54.

97) z. B. die Preuß. Proceßordn. Art. III §. 5: „Es soll auch beschließlich dieser Eyd in geringen und kleinschätzigen Sachen, aber nicht leichtlich in schweren und wichtigen statt haben. (Hierauf werden peinliche Sachen zu den letzteren gerechnet; sodann heißt es:) §. 6: Desgleichen soll angeregter Eyd in trefflichen bürgerlichen Sachen, daran merklich und viel gelegen, auch nicht Statt haben. Als da sind Causae matrimoniales, famosae, actio doli, Klage um Diebstahl und Schmähung, um Gewalt und eine jedwede andere Sache, in Dero der Beklagte entweder Kraft der Rechte, oder durch gesprochene Urtheil verleumdet und Ehrenloß wird, obgleich bürgerlich und nicht peinlich procedirt wird."

§. 25.

Grundsätze des hessischen Rechtes.

Es sind in dieser Beziehung namentlich die Grundsätze kurz zu erwähnen, welche in Hessen gelten.

1. Bereits früher (S. 44) ist der Gerichtsordnung von 1497 Erwähnung geschehen, in welcher zwar ganz allgemein, jedoch, wie aus den darin gebrauchten Ausdrücken „Kleger", „Antworter" ꝛc. hervorgeht, nur in der Beschränkung auf Civilansprüche[98]), der Zulässigkeit des Eides für den Fall, daß „ein halb Beweisung" erbracht worden, ausdrücklich gedacht wurde.

2. Daneben wurde aber, wie man aus späteren gesetzlichen Vorschriften schließen darf, schon frühzeitig unterschieden: zwischen denjenigen Fällen, in welchen eine causa magna vel ardua vorliege und andern Sachen, wo eine solche sich nicht annehmen lasse. Im ersteren Falle sollte alsdann ein halber, „halbvölliger", Beweis zu jenem Zwecke nicht genügend seyn. Sehr bestimmt ist dieses in Beziehung auf die, der geistlichen Gerichtsbarkeit überwiesenen, Ehesachen in specieller Beziehung auf den Fall, in welchem es sich um Eingehung der Ehe handelte, vorgeschrieben worden. In der Reformations-Ordnung vom J. 1656[99]) wird nämlich, zur Verhütung der Ehen aus heimlichen Eheverlöbnissen, unterschieden zwischen Eheklagen, welche aus einem heimlichen Eheversprechen, ohne hinzugekommenen Beischlaf, abgeleitet werden, und[1]) denjenigen, in welchen aus jenem nach erfolgtem Beischlafe der Anspruch erhoben wird.

In Beziehung auf den ersten Fall wird nun bestimmt: „— wann eine Jungfraw, Magd oder Wittibe eine Mannsperson, vnd hergegen eine Mannsperson ein Weibsbild, sie sey Jungfraw, Magd oder Wittibe, vmb die Ehe, dabey kein Beischlaf oder Schwängerung vorgegeben wird, aus Krafft eines heimlichen Verlöbniß

---

98) Ausdrücklich wird auch in der Hanauer U. G. Ordn. vom 2. Jan. 1764 Tit. 26 §. 1 der Zulässigkeit des Erfüllungseids nur in Beziehung auf „bürgerliche" Sachen gedacht.

99) in Kirchen- und Polizei-Sachen (I. 110) Kap. X §. 5.

1) a. a. O. §. 6 (S. 112).

anspricht, vnd dessen keine genugsame Beweisung hat, noch auch solche starcke Vermuthungen vnd Vmbstände vorhanden sind, welche, da sie erwiesen werden solten, einen mehr als halbvölligen Beweißthumb geben möchten, so sol dem klagenden Theil der Proceß nicht eröffnet, sondern derselbe so bald abgewiesen, vnd der beklagte Theil, so der Zusage nicht geständig, ohne mittel erlassen, vnd also kein Theil mit dem Eyd, weder respondendorum, noch litis decisorio, belegt werden."

Rücksichtlich des andern Falls wird unterschieden: ob das heimliche Eheversprechen und der Beischlaf eingestanden oder erweislich ist, ob nur der letztere, nicht auch jenes zu beweisen steht, und ob weder Eheversprechen noch Beischlaf eingestanden oder wenigstens unvollständig erwiesen wird. In diesem letzteren Falle wird dann weiter unterschieden

a. Es sind noch Eltern des verklagten Theils vorhanden. Für diesen Fall ist verordnet [2]):

„Solte aber von dem beklagten Theil deren keines, weder die Eheverlöbniß noch der Beyschlaff, gestanden werden, vnd auch keine genugsame Beweißthumb noch solche starcke Vermuthungen vnd Vmbstende vorhanden seyn, welche, da sie erwiesen werden solten, einen mehr als halbvölligen Beweißthumb geben möchten, so sol in diesem fall, vnd, da noch Eltern vorhanden, der klagende Theil gleich in limine litis abgewiesen, vnd zum Proceß nicht zugelassen — werden."

b. Oder nicht. Für solchen Fall heißt es: „— so sol die klagende Person, wofern sie sich ausser diesem Fall fromm vnd züchtig, vnd gantz vnverweißlich verhalten, vnd deßwegen gut Zeugniß hat, es werde gleich genugsame Beweißthumb anfangs vorgegeben oder nicht, seine articulirte Klage zu übergeben zwar zugelassen werden, vnd der beklagte Theil darauf vermittelst Eyds zu antworten schuldig seyn, jedoch dergestalt, daß weder der klagende Theil, fals er hernach irgend mit seinem Beweißthumb fortzukommen, vnd sein vorgeben zum wenigsten mehr als halbvöllig zu erweisen nicht vermag, zum juramento suppletorio zugelassen, noch auch die beklagte Person mit einigem Eyd belegt, sondern dieselbe alsdann pure absolvirt werden."

2) a. a. O. S. 113.

Hier ist demnach die früher (S. 37) bereits angedeutete Ansicht der ältern Juristen sanktionirt, daß es in solchen wichtigen Sachen bedenklich sey, dem Gewissen des einen Theils die Entscheidung des Rechtsstreites anzuvertrauen, daß mithin in anderer Weise diese letztere rücksichtlich des streitigen Factums vorzubereiten sey.

3. In dem, unterm 8. Jan. 1723 ergangenen, Edict [3]) wurde sodann „das eydliche Antworten auf die Schwängerungsklage, wodurch", wie bemerkt wird, „wahrscheinlich viele Meineyde begangen worden, völlig abgeschafft" und bestimmt „daß inskünftige keine Mannsperson, wofern die klagende Dirne sonst keinen Beweis hat, mit sothanem Eyd der Schwängerung halber weiter belegt werden soll —." Es ist zunächst klar, daß unter dem „eydlichen Antworten" die Eideszuschiebung zu verstehen ist [4]). War nun aber von der klagenden Dirne in der That anderer Beweis beigebracht worden, so konnte dann auch auf den Eid, nämlich den Ergänzungs-, oder Reinigungs-Eid erkannt werden. Denn auch diese sind unter der allgemeinen Bezeichnung des „Eyds der Schwängerung halber" begriffen.

4. Wenn sodann eine lüderliche Weibsperson bei dem zweiten oder dritten Falle entweder des Beklagten Geständniß des Beischlafs beizubringen, oder ihn dessen durch Zeugen zu überführen oder wenigstens deshalb zu graviren vermöchte, so soll zwar dieselbe, dem unschuldigen Kinde zu Gute, wegen dessen Alimentation, jedoch dergestalt gehört werden, daß der Klage alsbald ein vidimirter Extract des vor Gericht geschehenen Bekenntnisses, oder die Beweisartikel mit Benennung der Zeugen und dem Directorio beizulegen, in Entstehung des einen oder andern aber keine Ladung zu erkennen sey. Aus diesen in der Verordnung vom 28. May 1738 §. 5 [5]) ausgesprochenen Grundsätzen ergab sich nun zwar mit Rücksicht auf die unter 3) erwähnte frühere Vorschrift, daß dergleichen leichtfertige Dirnen der Eideszuschiebung sich nicht sollten bedienen können; gleichwohl ließ man auf beigebrachten ander-

3) die Eheverlöbnisse unter Amtsässigen betreffend, §. 3 (I. 264).
4) Diese Schrift, Abth. II S. 55 fg.
5) Die Klage wegen unehelicher Schwängerung betreffend (II. 25).

weiten Beweis schon nach der früheren Consistorial-Praxis den Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid zu [6]).

Weder in dem unter 3) noch in dem unter 4) aufgeführten Falle war also von einem mehr als halbvölligen Beweise die Rede. Eben weil es sich nämlich hier nicht von Ehesachen handelte, fiel der Grund von dem sonst als genügend zur Auflegung des Erfüllungseids erkannten Erforderniß eines nur halben Beweises abzugehen, hinweg.

5. Wiewohl man nun auch in der Praxis, namentlich des obersten Gerichtes, die allgemeine Regel: »quod judex«, wie es in den veröffentlichten Gründen einer Entscheidung aus der ersten Hälfte des v. Jahrhunderts heißt [7]), »ad juramentum suppletorium aliter, quam si per unum testem omni exceptione majorem, et sic vere et semiplene probatum sit, haud procedere debeat«, anerkannte, so wurde doch hierbei darauf hingewiesen: »quam difficile sit praesertim in probatione praesumtiva« zur Auflage dieses Eides zu gelangen [8]) und ausdrücklich bemerkt, daß »in causis gravibus, ubi agitur de errore in instrumento et probatione doli«, das suppletorium keine Statt finde, sondern auch in specie bey der exceptione non numeratae pecuniae, sive per modum actionis, sive exceptionis proposita sit, der bewährtesten Rechtslehrer Meynung nach das juramentum suppletorium ganz und gar nicht zulässig erscheine, wann auch gleich semi plena probatio vorhanden wäre [9]), »quia rationi juris convenit, ut post biennium contra confessionem scriptam apertissima rerum argu-

---

6) C. Ph. Kopp, Verfass. d. geistl. und Civil-Gerichte Th. II §. 435 (S. 368). Wittich delin. jur. civ. in terr. Hass. Cass. usit. P. I cap. 10 (p. 187) bemerkt, daß zwar nach der Verordn. v. 28. Jan. 1723 eine stuprata im 2. und 3. Fall dem Verklagten den Eid nicht deferiren dürfe, mit dem Zusatz: »quamvis judicem juramenti necessarii delatione uti posse, ante me recte jam docuerit C. Ph. Koppius l. cit.«

7) Decis. Cass. T. I dec. 13 n. 9 (p. 41).

8) Es wurde sich dabei bezogen auf: Seraphin., l. cit. priv. 33 n. 34 seq.

9) mit Bezugnahme auf Mevius P. 9 d. 73; H. Pistor P. 4. q. 12 n. 14 seq.; q. 13 n. 10.

menta exigantur«, wohin aber das juramentum suppletorium, tanquam probatio extraordinaria et irregularis nicht gerechnet werden könne. Der Rechtsfall selbst, welcher zum Ausspruch dieser Sätze Veranlassung gab, war kürzlich folgender: Es hatte der Cabinets-Secretar H. bei dem Berg-Collegio [10]) behauptet, daß in seinen abgehörten Cabinets-Rechnungen einige Irrthümer sich hervorgethan hätten, insbesondere der Berg-Inspector A. verschiedene Posten theils zweimal in die Ausgabe gebracht, theils gar nicht bezahlt habe, weshalb er um deren Berichtigung bat. Das Untergericht, davon ausgehend, daß die querela non numeratae pecuniae angestellt sey, legte dem Imploranten Beweis auf, daß ihm die eingeklagten Summen nicht geliefert worden wären, ungeachtet die Erben des verstorbenen A. vom Imploranten ausgestellte Quittungen und abgehörte Rechnungen vorgelegt hatten. Auf die Appellation des Imploraten gegen jenen Vorbescheid nahm das O. A. Gericht an: es seyen alle, vom Imploranten deducirten, Argumente und Conjecturen durch die demselben entgegenstehenden Probatoria dergestalt elidirt, daß gegen seine dem Inspector A. ausgestellten Quittungen und dessen abgehörten Rechnungen nicht der achte Theil, geschweige die Hälfte eines giltigen Beweises beigebracht sey. Da nun der Implorant bei der Sache, seinem eigenen Geständnisse nach, in crassa et supina negligentia versiret, welches seinem Gegner nicht zum Nachtheil gereichen könne, vielmehr ihm selbst zu imputiren sey, weil er Zeit genug gehabt, diesen Irrthum, wenn er in der That vorhanden gewesen, bei seines Schuldners Lebzeiten ans Licht zu stellen, nunmehr aber, da derselbe fast in das achte Jahr und bis nach dem Tode desselben damit gewartet, die praesumtio solutionis viel stärker gegen ihn militire, — so wurden, unter Erklärung des Imploranten für beweisfällig, die Imploraten von der Klage entbunden.

6. Diese Anerkennung des Unterschieds zwischen causae arduae vel magnae und causae minus arduae, welche, wie in den Fällen unter 2) nach ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen und in denen unter 5) nach der älteren Praxis der Gerichte, im Gegensatze zu den unter 3) und 4) gedachten Fällen, vorlag, hätte

---

10) Demselben war ehedem die Bergwerks-Jurisdiction übertragen.

nun aber nothwendig zu dem praktischen Resultate führen müssen, daß man sich bei jenen ersteren Fällen, den causae arduae, nicht mit einem nur halben Beweis begnügen durfte, sondern einen stärkeren verlangen mußte. Wie dieß, nach dem früher Ausgeführten (S. 38), der Ansicht der älteren Juristen entsprechend war, so wurde ein Gleiches auch in dem Laufe des v. Jahrhunderts gelehrt [11]), und dieß war auch noch nach der Mitte des v. Jahrhunderts (J. 1766) die Ansicht des O. A. Gerichts zu Cassel, indem dasselbe, — mit dem Zugeständniß, „daß quoad thesin juris die römischen Rechte von einer probatione semiplena eigentlich nichts wüßten" [12]), freilich nicht im Einklange, — in der oben unter 1) erwähnten Gerichtsordnung von 1497, ganz allgemein den Satz aufstellte, daß „deßwegen das juramentum suppletorium regulariter eine probationem plus quam semiplenam, welche wenigstens auf die Aussage eines testis omni exceptione majoris nebst andern adminiculis beruhe, erfordere" [13]). Und diesem entsprechend wurde denn auch von andern Gerichten im Lande erkannt [14]).

---

11) So unterscheidet z. B. Es. Pufendorf introduct. in proc. civ. (J. 1733), P. III cap. 12 §. 2 bei der Frage: ob auf nur halben Beweis der Erfüllungseid auferlegt werden könne? ausdrücklich zwischen causae arduae und minus arduae und äußert sich dahin: »in his quidem suppletorium actori defertur, in illis purgatorium reo«, wohingegen er rücksichtlich der ersteren diesen Eid alsdann stets zuläßt, wenn mehr als halb bewiesen, Jemand z. B., neben einem classischen Zeugen, noch »aliquas conjecturas vel testimonium testis, non quidem omni exceptione majoris pro se habeat.«

12) Es wurde sich dabei auf l. 9 §. 1 C. de test. (4. 20), l. 3 C. Theod. de fid. test. u. J. Gothofr., in com. ad C. Th. Tom. IV p. 313 bezogen.

13) Dahin geht die betreffende ratio decidendi in den Decis. Cass. T. II dec. 302 n. 9 (pag. 602). Allerdings wird man sagen müssen, daß im untergebenen Falle der im Text erwähnte Satz zur Entscheidung der Sache nicht nothwendig erschien, da der halbe Beweis nur durch einen verdächtigen Zeugen (einen Bruder des betreffenden Streittheils) zu führen versucht war, für diesen Fall aber auch von den Vertheidigern der Statthaftigkeit eines halben Beweises angenommen wird, daß der letztere nicht erbracht werde.

14) So bemerkt: Gärtner medit. sp. I. pag. 29: »— in casu plus quam semiplenae probationis juramento suppletorio locum dederunt Vitebergenses apud Wernher T. I P. 10. 38 et regimen Marburgense in causa Revisionis Velte c. Pitz semiplene magis facta probatione in pago Ellnhausen s. v. „fahrende Habe" ornamenta saltem

Wäre es bei dieser Ansicht geblieben, so würde die bisherige Regel der Zulässigkeit des Ergänzungseids für den Fall eines auch auch nur halben Beweises zur Ausnahme, und die bisherige Ausnahme der Auflegung jenes Eides nur im Fall eines mehr als halb geführten Beweises zur Regel gemacht worden seyn. Das war aber nicht der Fall, vielmehr neigte sich die spätere Praxis des gedachten obersten Gerichts in Hessen jener alten Regel wieder zu und gelangte daneben auch dahin, die bisher als Ausnahme anerkannten Fälle mehr und mehr zu beseitigen. Dieß geschah namentlich in Beziehung auf die oben (S. 124) unter den causis arduis besonders hervorgehobenen Ehesachen, indem man es selbst im Falle, wo es sich um Scheidung der Ehe handelte, nicht bedenklich fand, auf unvollständigen Beweis, im nunmehr gebräuchlichen Sinne des Worts, die Ergänzung durch den Eid des beweisführenden Theils eintreten zu lassen [15]. Und dieß ist die Ansicht, welche bis in die neuere Zeit auch festgehalten worden ist. So wurde z. B. der Erfüllungseid in einem durch Mißhandlung der schwangern Ehefrau veranlaßten Scheidungsproceß auferlegt, ungeachtet so wenig die Mißhandlung, als die Schwangerschaft vollständig durch die Zeugen bewahrheitet erschien [16], und eben so wurde erkannt, als dringender Verdacht des vom verklagten Theile verübten Ehebruchs begründet worden war [17]. — Auch in Injuriensachen, welche gleichfalls unter den causis arduis aufgeführt wurden, läßt man ohne Weiteres den unvollständigen Beweis durch den Eid suppliren [18]. — In gleicher Weise wird aber auch der letztere in den in Beziehung auf den pecuniären Werth des Streitobjects für bedeutend zu erachtenden Sachen zur Anwendung gebracht; beispielsweise ist hier nur anzuführen, daß der Ergänzungseid auf-

---

fundi, Vieh, Schiff und Geschirr, neutiquam vestimenta, nec ornamenta domus, multo minus nomina activa intelligi, ad suppletorium admisit revidentem mense Febr. 1781«.

15) Ueber die weitere Ausführung und die Belege für die deshalbige Praxis vergl. des Verf. Ehescheidungsrecht, S. 283 fg.

16) Brehm g. s. Ehefrau [9084] 1/5 1844.

17) Kornemann g. s. Ehefr. [73] 28/2 1846.

18) z. B. in Sachen Weber g. Baupel [9900] 2/7 1845; wie dieß denn auch die tägliche Praxis ist.

erlegt wurde in Beziehung auf eine **Erbschaftsantretung**[19]), auf den 40jährigen **Besitz** einer **Holzberechtigung**[20]), auf die **unvordenkliche Verjährung** in wichtigen Sachen[21]) ꝛc.

Dritter Titel.

Qualification der Person des Schwörenden und Kenntniß der Wahrheit.

§. 26.

Die Eigenschaften des Schwörenden.

Zu den Voraussetzungen des Ergänzungseides gehört weiter, daß die für schwurpflichtig zu erkennende Person diejenigen Merkmale an und in sich trage, welche die Tüchtigkeit dieses Wahrheits-Erforschungsmittels wesentlich bedingen. Dieß Erforderniß hat also eine doppelte Richtung. Es bezieht sich einmal auf die persönliche Qualification jenes Individuums, und dann auf das Verhältniß, in welchem sie selbst nach ihrer Wissenschaft, zu dem streitigen Factum sich befindet.

Die Commentatoren der einschlagenden römischen Gesetzesstellen[22]) stellten hier in **jener** Hinsicht im Allgemeinen den Satz auf: es müsse die schwörende Partei, z. B. der Kläger, eine »persona legalis, non

---

19) Goslar g. Meier [8085] 28/10 1843, in welchem Fall jener Eid auf den Grund der Aussagen dreier Zeugen, welche auf eine ausdrückliche Antretung schließen ließen, erkannt wurde.

20) Gem. Eschenstruth g. Stift Kaufungen [7620] 9/12 1843.

21) v. Blumenstein g. Jungmann [7066] 28/11 1840; Fisc. Pr. g. Gem. Lindhorst [9946] 13/1 1847; Jeppe g. Fiegebenne [416] 11/6 1828. In diesen letzteren Falle wurde indeß die Aussage nur **eines** Zeugen, welcher den zu beweisenden Zustand von einer bestimmten, die ganze Zeit seiner Rückerinnerung nicht ausfüllenden Reihe von Jahren her bekundete, obwohl er von seinen Vorfahren das Gegentheil des Zustandes nicht gehört hatte, zur Führung des zur Auflegung des Erfüllungseids erforderlichen unvollständigen Beweises für ungenügend erachtet. — Walther g. Fink [7287] 11/2 1826. Der Ergänzungseid wurde hier in einem Fall der unvordenklichen Verjährung dahin auferlegt: daß der Producent nicht anders wisse und glaube, als daß der in Anspruch genommene Zustand bei den Besitzvorfahren des Schwörenden seit länger als Menschengedenken gedauert habe.

22) insonderheit der l. 31 D. de jurejur.

autem vilis et infamis« seyn [23]). Die allgemeine Vermuthung dafür, daß Jemand diese Eigenschaft nicht an sich trage [24]), sollte allein nicht genügen, vielmehr eine stärkere begründet werden, deren Maaß dann aber dem richterlichen Ermessen zu beurtheilen überlassen wurde [25]). Ausdrücklich rechnete man aber zu den »viles« die »foeneratores« [26]), vorausgesetzt, daß sie den Zinswucher noch fortbetrieben und nicht etwa davon abzulassen begonnen hätten [27]). Eben weil nun aber in den älteren Zeiten schon gerade die Juden in dem Rufe standen, nicht selten dieses Verbrechens sich schuldig zu machen, war es frühzeitig ein Lehrsatz, daß sie insbesondere, schon um ihres Glaubensbekenntnisses willen, namentlich im Streite wider Christen, zur Ausschwörung des Erfüllungseides unfähig seyen [28]), zumal schon gesetzlich die »judicalia testimonia« in solchem Falle den Juden untersagt waren [29]); wohingegen andrerseits die Beschränkung hinzugefügt wurde, es sey das in dem Falle unrichtig, wenn der Jude mehr als halb bewiesen habe, oder sein Gegner ein Glaubensgenosse sey [30]). Schon zur Zeit Mynsingers [31]) war es jedoch Praxis des Reichskammergerichts geworden, auch den Juden zu diesem Eide zuzulassen [32]), vorausgesetzt, daß ihr Lebenswandel unbescholten war. Ungeachtet dieses Ausspruchs

---

23) Bartol. in l. 31 cit. n. 58; Jason. ibid. in repet. n. 260 vers. tertius casus.

24) nach l. 51 pr. D. pro socio (17. 2), wonach zu Gunsten des Socius, welcher eine zur societas gehörige Sache amovirte, angenommen werden soll, »eum qui partes dominus est, jure potius suo (re) uti, quam furti consilium inire.«

25) Socin. sen. cons. 136 col. pen. prope med.

26) Cynus in l. 3 C. de reb. cred. quaest. 7.

27) Curtius jun. in l. 31 cit. n. 71.

28) Baldus in l. 4 C. de edendo (2. 1) n. 2. Bartol. in l. 31 D. cit. col. ult.

29) l. 21 C. de haeret. (2. 1); Carpzov P. 1 const. 23 def. 7.

30) Cravetta consil. 78 n. 26; Curtius l. cit. n. 72.

31) cent. V obs. 6 (p. 384). — Vergl. auch Hartmann, Tit. 18 obs. 6.

32) »Allegata fuit,« bemerkt Mynsinger, a. a. O., »in hoc consuetudo Germaniae, stylusque Camerae, cum Judaei habeantur pro civibus Romanis.«

des Reichsgerichts blieb aber in vielen deutschen Territorien jene frühere Ansicht bestehen und trat, wie in einzelnen Gesetzen [33]), so auch bei der Rechtsprechung in den Facultäten [34]) und einzelnen Landesgerichten [35]) sehr entschieden hervor. Indessen war es doch nicht zu bestreiten, daß der Mosaische Glaube bei weitem stärkere Gewährleistung für die Wahrhaftigkeit des Schwörenden dem Richter darbiete, als die Ansichten vieler Namenchristen und sehr richtig bemerkte daher Heineccius [36]) in diesem Sinne: „sub schemate Judaico latitant viri civiliter boni honestatisque studiosi, quos sane tutius ad hoc jusjurandum admiseris, quam hominem ignara opera, philosopha sententia, cui praeter nomen nihil Christiani inesse res ipsa quotidie demonstrat." Und es ist denn auch in der späteren Zeit die Zulassung der Juden zu den Notheiden überhaupt für unbedenklich erachtet worden [37]); so daß jetzt nicht mehr, wie ehedem, auf sie allein das Wort bezogen werden darf: „O cives, cives, quaerenda pecunia primum, — virtus post nummos."

Den Zinswuchern wurden sodann noch Andere gleichgestellt, wie namentlich: der Meineidige. War es nämlich schon in Beziehung auf die Eidesdelation äußerst bedenklich, dieselbe an ein

---

33) Preuß. Gerichtsordn. Tit. 44, §. 7: „Ein Jude soll wider einen Christen ad juramentum suppletorium nicht admittirt werden, wohl aber dieser wider jenen, wie auch ein Jude wider den andern."

34) Vergl. z. B. das Erkenntniß der Wittenberger vom J. 1705, bei Naevius l. cit. cap. 11 §. 9 (p. 305).

35) So war es ein vom O. A. Gericht zu Cassel im J. 1764 (Decis. Cass. T. 1 dec. 136 n. 14) ausgesprochener und 1798 (Kopp Handb. der hess. Landesverf. rc. Th. III. S. 304) wiederholt veröffentlichter Satz, daß, wo ein Jude gegen einen Christen zu beweisen habe, jener nicht zum Erfüllungseide komme, wenn er gleich den Beweis halb beygebracht habe, vielmehr werde dem Christen der Reinigungseid auferlegt.

36) Diss. de lubricit. jurisjur. suppl. §. 26.

37) Die Gesetzgebung hat dieß in Hessen schon im dritten Decennium dieses Jahrhunderts ausdrücklich anerkannt, indem durch die Verordnung vom 14. Febr. 1828, die Eidesleistung der Israeliten betreffend, die außergerichtliche Belehrung über die Natur und Heiligkeit des Eides vor Ablegung des s. g. Parteien-Eides in allen bürgerlichen Rechtssachen vorschreibt, unter diesem Eide aber unzweifelhaft auch der in Rede stehende zu begreifen ist.

solches Individuum zuzulassen [38]), so erschien beim Nothеid überhaupt, wo die bei der Eideszuschiebung vorwaltende vergleichsähnliche Natur wegfällt, vielmehr, wie später näher ausgeführt werden wird, Alles vornämlich dem weisen Ermessen des Richters überlassen bleiben muß, die Statthaftigkeit eines solchen Eides geradezu ausgeschlossen. Das war denn auch bei den Juristen nicht, vielmehr nur etwa die Entscheidung der Frage zweifelhaft, ob nicht, wenn in Folge ernstlicher Reue, Buße und Besserung eine Umwandelung des Meineidigen eingetreten sey, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Zustand erfolgen könne, was von Manchen mit Recht bejaht wurde [39]). Außer den bisher genannten Personen, werden dann noch in gleichem Sinne aufgeführt: die muthmaßlicher Weise Falschschwörenden [40]), Fälscher, Infames, Todschläger ꝛc. [41]).

Im Uebrigen sollte aber, zufolge des Worts der älteren Commentatoren nach den sonstigen Verhältnissen der zum Schwören bestimmten Partei, insonderheit »ex parentibus, ex patria, ex divitiis, ex paupertate, ex sexu, ac demum ex aetate« [42]) die Frage nach der Eideslast mit bestimmt werden. Reichthum und Armuth [43]) war aber offenbar ein hier wenig erheblicher Unterscheidungsgrund und auch das aus der Analogie mit den Zeugen entlehnte Argument [44]) nicht schlagend, weil in der betreffenden Gesetzesstelle (v. Note) ausdrücklich dem Richter überlassen wird, die Glaubwürdigkeit der Zeugen zu prüfen und nach dem Resultat dieser Prüfung zu entscheiden, welche Bedeutung solchen beizulegen sey; daher denn zugleich bemerkt wird: es solle

---

38) Diese Schrift, Abth. II S. 193 fg.

39) Matthaeus de Afflict. decis. (Neap.) 36.

40) »verisimiliter pejeraturi«, Menoch. de arbitr. jud. quaest lib. II cent. 2 cas. 192 (pag. 295).

41) Lauterbach, coll. th. tit. de jurejur. p. 296.

42) J. Bapt. a S. Severino in l. 31 D. de jurej., n. 257; Curt. sen. cons. 136, 363.

43) Vergl.: Carpzov P. 1 c. 23 def. 7 n. 6; Lauterbach l. c.; Setser de jurej. lib. 4 c. 13 n. 7.

44) In der l. 3 D. de test. (22. 5) wird unter den Merkmalen, worauf der Richter bei Würdigung der Zeugen sehen soll, allerdings auch des Umstands »an locuples, vel egens sit« gedacht.

auch darauf gesehen werden, »an honestae et inculpatae vitae, an vero notatus quis et reprehensibilis sit«.

Sehr übereinstimmend wurde, freilich nicht ohne analogen gesetzlichen Anhaltspunct, auch der Untüchtigkeit der Weiber in dieser Hinsicht gedacht [45]). Es bedarf aber kaum der Bemerkung, daß in dem Angegebenen dieser Grund keine Rechtfertigung findet. Die Weiber sind nicht vom Zeugniß ausgeschlossen und auch zur Leistung dieses Eides nicht untüchtig; es wäre denn, daß schlechter Lebenswandel und Sitte den Verdacht des Meineids zu begründen geeignet wäre. Namentlich wurde denn auch schon ehedem die Ehefrau oder Wittwe, welche den Beweis der Illation ihrer Dos durch einen Zeugen halb bewiesen hatte, zur Ergänzung dieses Beweises zum Erfüllungseid zugelassen [46]).

Als allgemeine Voraussetzung wird man also nach dem Bisherigen den von den Juristen dahin gefaßten Satz aufzustellen haben: es dürfe Niemand diesen Eid leisten »nisi integrae fidei et famae sit.« [47]).

§. 27.

Wahrheits-, oder Glaubens-Eid.

Das andere Merkmal, welches bei Demjenigen, welcher den Eid leisten soll, sich finden muß, ist die erforderliche Kenntniß in Beziehung auf das streitige Factum. Nach der früher bereits hervorgehobenen rechtlichen Natur des Ergänzungseides genügt es nicht, daß der Schwörende die eidliche Wahrhaltung auf das bereits

---

45) c. 10 X. de verb. sign. (5. 40), wo von der Wahl der Zeugen die Rede ist und gesagt wird: »— si vir non foemina: nam varium et mutabile testimonium foemina semper producit.« — Carpzov P. 1 const. 23 def. 7 n. 4. Es wird sich namentlich darauf bezogen, daß sie gewöhnlich habsüchtig und geizig seyen, Mascard, de prob. c. 10 n. 29; Ummius disp. 14 th. 14 n. 8; Setser lib. 4 c. 13 n. 7.

46) Vergl. den Rechtsfall bey Sam. Stryk tr. de cautel. juram. (Hal. 1710) P. III sect. 3 c. 5 (p. 269).

47) Consil. Tubing. (Besold geb. 1577, † 1638) 246 n. 58; Mevius cons. 125 n. 123; cons. 137 n. 17; Knorre de juram. suppl. (Jen. 1655) cap. 5 § 3; S. Stryk l. cit. (pag. 271).

in anderer Art bewiesen Vorliegende beschränkt, vielmehr hat es damit die Bewandtniß, daß derselbe zu dem unvollständigen Beweise ein weiteres Beweismoment liefern und dadurch jenen ergänzen muß, so daß also dann für die bisherige Ueberzeugung des Richters durch den Eid ein weiterer Grund hinzugesetzt werden soll, welcher den Ausschlag gibt und ihm die außerdem unmögliche Entscheidung möglich macht. Es erhellt hieraus, daß, wenn der Eid in der That einen solchen bedeutenden Beweisgrund darbieten soll, dadurch nur derselbe diese Stärke erlangen kann, daß der Schwörende zu dem streitigen Factum in die genauste Beziehung getreten ist, d. h. daß er durch die eigenen Sinnen-Organe deshalbige Wissenschaft, oder doch sonst gewisse Kenntniß erlangt hat, so wie, daß der Richter durch die Angabe derjenigen factischen Momente, wodurch der Schwörende die Ueberzeugung jenes verstärken will, nach vorgängiger Prüfung, solche in der That dazu für tüchtig zu erkennen im Stande ist.

Diese aus der Natur des Rechtsinstituts, um welches es sich handelt, sich ergebende Auffassung war nun auch die, welche wenigstens in der ersten Richtung schon in der Glosse ausdrücklich hervorgehoben wird. Als eine weitere Voraussetzung des Ergänzungseides wird nämlich die bezeichnet: »quod hic actor sciat veritatem rei per veram scientiam, quae corporeo sensu percipitur« 48); indem, wie man dafür hielt, jene »certitudo nulla alia nisi ex sensibus, per quos solos res ad intellectum devolvitur« erlangt werden könne 49); und folgeweise wurde denn auch angenommen, nicht blos, daß dem Erben dieser Eid über eine Handlung des Verstorbenen nicht auferlegt werden könne, weil im Zweifel für ihn die Vermuthung völliger Unkenntniß derselben streite 50), sondern auch, daß überhaupt der betreffenden Partei jener Eid nicht nachgelassen werden dürfe, wenn er bei der Handlung nicht zugegen gewesen sey und nur etwa auf

---

48) Glos. in l. 3 C. de rec. cred.; Bartol. in l. 31 D. de jurejur. n. 57 in f.; Jason ibid. in rep. n. 259, secund. cas.

49) Bartol. in l. 31 D. de jurejur. n. 57; Mynsinger cent. 2 obs. 68 n. 2; Menoch. de arb. jud. quaest. lib. 2 cas. 190 n. 5.

50) Socin. sen. cons. 194 col. 2 vers. confirmatur; cons. 264 col. 5; Alex. cons. 71 n. 13 lib. 3.

ein Hörensagen, ein Gerücht, sich bezogen habe. Daher wurde denn auch [51]) entschieden: es dürfe einer Aebtissin, welche in officio et dignitate einer andern gefolgt sey, über eine Handlung der letzteren der Eid nicht auferlegt werden.

Die Analogie des Verhältnisses, in welchem der Zeuge sich befindet, mußte überdieß, da ja der Schwörende als Zeuge in eigener Sache betrachtet wurde, von Einfluß für die Bestärkung jener Ansicht seyn. Denn der Zeuge, welcher, auch wenn er in fremden Angelegenheiten aussagen will, den Grund seiner Angabe aus gewisser Kenntniß gefunden haben muß [52]), kann noch viel weniger in eigner Sache alsdann zugelassen werden, wenn er nicht gehörig informirt ist [53]); wollte er daher nur dem Glauben nach deponiren, so könnte ihm weder in fremden, noch viel weniger aber in eigenen Sachen geglaubt werden; indem hier das specielle Interesse an einer solchen die Gefahr sich über die Wahrheit zu täuschen dringender macht. Man hielt daher, außerhalb Sachsen wenigstens, den dem Glauben nach auferlegten Erfüllungseid für einen solchen, der auf ein unerhebliches Factum sich beziehe, zugleich aber für eine Veranlassung zur Verübung von Meineiden [54]), und gestattete nur etwa in den Fällen denselben, wo es sich von „alten Sachen", für die nicht leicht Zeugen herbeizuschaffen sind [55]), handelte.

In Sachsen dagegen wurde auf den Grund hin, daß in Fällen schwieriger Beweisführung der Richter durch das Gesetz [56]) den Streit durch den Eid zu entscheiden verbunden und es auch in der Ordnung sey, über fremde Thatsachen den Glaubenseid

51) M. de Afflict. dec. 179.

52) l. 4 C. de test. (4. 20).

53) Ummius disp. 14 n. 81; Mevius cons. 135 n. 120 seq.

54) Seraphin. l. cit. priv. 33 n. 5; Menoch. de arbitr. jud. qu. cas. 190 n. 5; Prukmann vol. I cons. 10 n 93, 116, 117. 119; Berlich, P. 1 concl. 53 n. 17; Mynsinger l. cit.; J. S. Stryk meletemata de juram. (Hal. 1707) mel. II cap. 2 §. 37 (p. 134); S. Stryk tr. de caut. jur. (Hal. 1710) P. III sect. 3 cap. 5; Mevius cons. 35 n. 121; abweichend von dessen decis. P. IV dec. 121 n. 7.

55) Mascard conclus. 956 n. 63 §. 65.

56) Es wurde auf l. 3 C. de reb. cred. sich bezogen.

aufzuerlegen, vornämlich seit Carpzov[57]), der Satz befolgt, daß der Richter dem, »qui semiplenam et graviorem veritatis atque honestatis praesumtionem pro se habet, juramentum credulitatis« auferlegen müsse. Was sich etwa zur Rechtfertigung dieses Eids sagen läßt, liegt vornämlich in der für den Richter bestehenden Pflicht, daß er nicht, wie die römischen Judices, das non liquet aussprechen, eben so wenig aber auch nach Willkühr oder blos menschlicher Ueberzeugung urtheilen soll und daß zur Aushilfe durch die in der bisher erwähnten Weise entstandene Praxis der Glaubenseid ins Leben gerufen worden sey.

Wie bedenklich aber derselbe und wie nöthig es sey, daß er seltner werde, daran mahnte schon Besold[58]) mit den Worten »cum refrigescat charitas et religio, e contrario avaritia amorque nummi crescat, ita ut non tuto anceps causa juramento litigatoris committi possit«; indem er zugleich es für rathsamer erklärte, wenn der Richter in einem Falle, wo der Kläger nur halb bewiesen und eine certa scientia nicht habe, den Verklagten absolvire[59]). Specieller tritt dieß durch die Betrachtung zu Tag, daß nach dieser Ansicht der Zulassung des Ergänzungseids der Umstand nicht entgegengesetzt werden darf, daß sonstige Erkenntnißquellen, aus welchen die Partei ihre Ueberzeugung schöpfen könnte, dem Richter nicht dargelegt sind, dem Schwurpflichtigen also überlassen bleibt, aus dem, was er nach den ihm allein bekannten Sachverhältnissen in Erfahrung gebracht hat, einen Schluß zu ziehen. Man denke nur an den beim unvordenklichen Besitzstand zugelassene Ergänzungseid; hier wird davon ausgegangen, daß der Schwurpflichtige stets aus den vorgelegten Beweismitteln einen Schluß sich machen müsse, da er gerade über das, was Menschengedenken übersteigt, keine nähere Kunde hat. Die Mißlichkeit dieses Eides tritt besonders auch dann hervor, wenn die Erben eines Handelsmanns mit dem Handelsbuch ihres Erblassers gegen

---

57) P. 1 const. 23 def. 8; proces. tit. 12 art. 2 n. 50 seq.; Mevius decis. P. IV. dec. 121 r. 7.

58) Consil. Tubing. 241 in f.

59) Stryk, de jure sens. prooem. n. 39; Stryk ad Brunnemann jus eccles. lib. 3 cap. 3 §. 5.

die darin eingetragenen Schuldner klagen und, ungeachtet sie ein solches Buch nicht selbst geführt haben, auch der einschlagenden Verhältnisse nicht kundig sind, gleichwohl solche für völlig klar und unzweifelhaft zu halten versichern. Auch hier pflegt den Erben der Erfüllungseid auferlegt zu werden [60]), ungeachtet doch, der Erfahrung gemäß, Posten in solchen Büchern häufig nicht gelöscht werden, wiewohl sie berichtigt sind; was zwar dem Erblasser nicht aber den Erben bekannt war. Daher ist denn nicht ohne Grund vorgeschlagen, in einem solchen Falle vielmehr den Schuldner zum Reinigungseid zuzulassen, weil dann doch wenigstens de veritate geschworen werde, wohingegen es im umgekehrten Falle zum Erfüllungseide der Erben komme, wodurch, in Verbindung mit dem Eintrage im Handelsbuche, ein voller Beweis nicht erbracht werden könne [61]).

Indessen ist einmal, wie bereits früher [62]) bemerkt, die Zulassung dieses Glaubenseids auch bei nothwendigen Eiden überhaupt, sowohl aus allgemeinen Gründen, als nach speciellen Particular-Gesetzen [63]), als auch nach dem hessischen Gerichtsgebrauch [64]) angenommen worden. Auch in andern Fällen wurde sich in dieser Weise ausgesprochen. Wie schon früher (S. 111) der Auferlegung eines Erfüllungseids in einem Falle gedacht ist, in welchem das Ableben einer Militärperson auf dem Rückzuge aus Rußland im J. 1812 in Frage stand [65]), so hat man unter ähnlichen Voraussetzungen auch bei anderer Gelegenheit erkannt, z. B. den Erfüllungseid darüber zugelassen, daß ein gewisses Individuum in der

---

60) Carpzov, 10, resp. 121; Brunnemann in proc. civ. c. 23 n. 25.

61) J. S. Stryk meletem. de juram., mel. II cap. 2 §. 38.

62) Diese Schrift, Abth. II §. 10 (S. 90 fg.)

63) Zu den a. a. O. S. 92 Note 90 erwähnten sind noch nachträglich anzuführen: die Gotha. Proc.-Ordn. v. 1681 Cap. 29 §. 10; Lüneburg. Hannov. Proc.-Ordn. v. 1663 Tit. 24 §. 5.

64) Abth. II S. 93 dieser Schrift.

65) Der Eid wurde hier dahin normirt: „daß soviel der Schwörende wisse und glaube, der v. G. im Winter 1812/13 auf dem damaligen Rückzug aus Rußland in oder bei Kowno gestorben sey", v. Fuchs g. v. Feilitzsch [9815] 31/1 1846.

Schlacht bei Mosaisk gefallen sey[66]) und den, analog hier anwendbaren, Schiedseid darüber für statthaft gehalten, daß Producten, nicht wüßten und nicht glaubten, daß der Erblasser im Jahre 1813 in einem Gefechte bei Wilna todt geblieben, so wie überhaupt vor dem J. 1819 gestorben sey[67]).

Besonders bemerkenswerth erscheint es, daß man in der Praxis selbst über die Absicht, welche ein von dem Schwörenden verschiedenes[68]) Individuum bei der Vornahme einer Handlung, z. B. bei einer letztwilligen Bestimmung, gehabt habe, den Ergänzungseid dem Glauben nach zuzulassen sich getraute[69]).

Wendet man sich insonderheit zu der Frage: Welche Grundsätze in der fraglichen Beziehung alsdann eintreten, wenn der Ergänzungseid von einer juristischen Person geleistet werden soll? so ergibt sich, daß, da eine solche selbst nicht schwören kann, ein Auskunftsmittel dahin zu treffen ist, daß man das eidliche Zeugniß eines sonstigen Individuums, statt der juristischen Person, als Beweisergänzungs-Mittel erlange. Hier gelten alsdann folgende Regeln:

1. Der Richter muß bei der Wahl des Dritten stets ein-

---

66) Katz g. Siegmann [8231] 1843.

67) Krause g. Weber [7339] 1841.

68) Daß der Schwörende selbst über die Absicht bei einer eigenen Handlung den Erfüllungseid ableiste, z. B. dahin, daß er ein Wohnhaus nicht für sich, sondern nur als Vormund des Mündels für solchen in Besitz genommen und verkauft habe, (Mähler g. Mähler [8769] 24/1 1846,) erscheint nicht bedenklich.

69) Aubel j. Habbicht g. Hagen [2183] 1819. Hier wurde ein solcher Eid dahin auferlegt: daß sie (Schwurpflichtige) nicht anders wisse und glaube, als daß das im fraglichen Testamente ihr geschenkte Capital das nämliche sey, als das, worüber die Urkunde vom — handle. Als Gründe wurden geltend gemacht: daß in einem solchen Falle, wo die Entscheidung lediglich aus Muthmaßungen über die Absicht der Erblasserin hergeleitet werden könne, die Gründe der Wahrscheinlichkeit, welche für den Appellaten sprächen, nothwendig zur juristischen Gewißheit gebracht werden müßten und noch immer die Möglichkeit übrig bleibe, daß die Absicht der Erblasserin eine andere gewesen sey. Die Eigenschaft des Eids als Glaubenseid wurde damit motivirt, daß dem Schwurpflichtigen solche in den Acten nicht vorkommende Thatsachen bekannt seyn könnten, aus welchen auf die Absicht der Erblasserin mit Nothwendigkeit oder Wahrscheinlichkeit zu schließen sey.

gedenk seyn, daß er das zuverlässigste Mittel zu wählen habe, damit so viel als möglich das materielle Recht im formellen verwirklicht werde [70]). In Folge dieser Annahme hat daher der Wahrheitseid, wenn er zu erlangen ist, unbedingten Vorzug vor dem bloßen Glaubenseide. Wenn gleich man nun aber auch den Glaubenseid, als ein durch die Noth gebotenes Hülfsmittel, gestattet, so wird doch, was die persönliche Glaubwürdigkeit des Schwurpflichtigen anlangt, erfordert, daß sie einmal das Vermögen besitzt, logische Schlüsse von den mit ihren Sinnen wahrgenommenen Thatsachen auf das zur eidlichen Wahrhaltung ausgesetzte Factum zu ziehen und dann, daß sie die nöthige Gewissenhaftigkeit auch in Beziehung auf diese Verstandes-Operation habe, so daß weder leichtfertig Zweifelsgründe von ihr verworfen, noch aus übergroßer Aengstlichkeit nichts bedeutende Momente als zu Zweifeln berechtigend von ihr angenommen werden dürfen [71]).

2. Der zur Eidesleistung bestimmte Dritte ist, wenn a. das Organ einer juristischen Person eine einzelne physische Person ist, diese. Handelt es sich b. von einem Collegium von Vorstehern, oder der Majorität der Mitglieder, dann haben abgegangene Beamten, die der Wahrheit nach schwören können, vor den noch im Dienste stehenden, welche nur dem Glauben nach den Eid würden leisten können, überhaupt diejenigen den Vorzug, welche allein Kenntniß von der betreffenden Thatsache haben können. Gegen die Heranziehung anderer, nicht im juristischen Nexus mit der moralischen Person stehender oder befindlich gewesener, Individuen, als Schwurpflichtiger, streitet schon die Betrachtung, daß dadurch der Richter die nachträgliche Zulassung von Zeugen, die bisher vielleicht von der betreffenden Partei unbeachtet geblieben sind [72]), anzuerkennen scheinen würde. Wenn endlich c. kein Eid der Wahrheit zu erlangen steht, als-

---

70) Linde, im Archiv f. civ. Pr. B. X. S. 55.

71) Viereck, Betrachtungen über die Anwendung der Eidesdelation 2c. auf jurist. Personen, S. 175 Not. 39.

72) Daß diejenigen Personen, deren Zeugniß die juristische Person bereits früher sich bedient hat, nicht zur Eidesleistung gewählt werden können, ergibt sich schon aus der Unvereinbarkeit der Eigenschaften und Functionen als Zeuge und Partei, welche denn auch gesetzlich anerkannt ist, l. 10 C. de test. (4. 20).

dann wird der Glaubenseid einem solchen Organ der juristischen Person auferlegt, welcher zu derselben noch in fortwährendem Nexus mit ihr steht [73]).

Diese Grundsätze haben denn auch im Wesentlichen in der Hessischen, in letzter Instanz gebilligten, Praxis ihre Bestätigung gefunden [74]).

Vierter Titel.

Richterliche Thätigkeit. (Causae cognitio.)

§. 28.

Ueberhaupt.

Im Bisherigen sind die Voraussetzungen angegeben, unter welchen der Ergänzungseid auferlegt werden kann. Im Allgemeinen ist also das Wort richtig, was Vinnius [75]) darüber sagt: „Itaque nihil meo judicio praecise hic definiendum: sed multa examinanda sunt, priusquam ad delationem hujus jurisjurandi perveniatur; inprimis fides cujusque et conditio personae, qualitas et pondus rei de qua agitur, testium item, qui producuntur, prudentia, denique et probationis modus: ac demum hic rebus bene exploratis judex ex animi sui sententia aestimabit, an jusjurandum et utri deferre debeat“. Insbesondere ist aber eine Obliegenheit des Richters, auf das Vorhandenseyn eines entsprechenden, theilweise wenigstens geführten, Beweises zu sehen, von Wichtigkeit und es ergiebt sich daraus dessen Pflicht hierauf vornämlich zu achten; indem ein Erkenntniß, wodurch bei gänzlich mangelndem oder völlig mißlungenem Beweise auf den Ergänzungseid erkannt ist, für nichtig erachtet wird [76]).

Im Einzelnen entsteht hier aber nicht selten der Zweifel: wie

---

73) Viereck, a. a. O., S. 176.

74) Vergl. die Ausführung in dieser Schrift Abth. II S. 256—259.

75) select. jur. quaest. lib. I cap. 44 (p. 82).

76) Ungewickel g. Justi [6824] 2/4 1825.

der Richter hierbei sich zu verhalten habe und dabei kommen vornämlich folgende specielle Fragen in Betracht:

I. Ist überhaupt der Richter in zweifelhaften Fällen genöthigt, den Eid aufzuerlegen, oder ist er nicht vielmehr auch befugt, dieß zu unterlassen? Betrachtet man die früher (S. 10) erwähnten, hier einschlagenden Gesetzesstellen, so wird in der einen [77]) gesagt: »solent« — judices — secundum eum judicare, qui juraverit«. Hier deutet die Wortfassung und der in andern Beispielen, dem Wort »solent« beigelegte Sinn [78]) keineswegs auf eine Verbindlichkeit schlechthin, vielmehr nur auf eine solche innerhalb des richterlichen Ermessens hin, wie denn ja auch nach der bisherigen Ausführung im Einzelnen gerade diese Lehre vorzugsweise durch die Behandlung vor den Gerichten ihre Ausbildung erhalten hat. Schwieriger ist schon die in der andern hier einschlagenden Stelle [79]) vorkommende Ausdrucksweise, indem daselbst gesagt wird: »per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet« (S. 10), welche eine ohne Weiteres stattfindende Obliegenheit zu bezeichnen scheint. Inzwischen ist bei dieser Stellung der Worte zu »oportet« nicht sowohl auf »decidi«, als vielmehr auf »causa cognita" der Nachdruck zu legen, so daß der Sinn der ist, wenn die Sache in Folge einer Eidesleistung vom Richter entschieden wird, dann muß dieß causa cognita geschehen [80]). In noch vorsichtigerer Fassung drückt sich das bereits früher (S. 44) angeführte vaterländische Gesetz aus, in den Worten: „möcht der Richter nach Gestalt der Sachen ꝛc. den eydt — aufflegen."

II. In Beziehung auf die nach diesem richterlichen Ermessen, also causa cognita, vorzunehmende Prüfung der Frage, ob namentlich die stattgehabte, aber unvollständig gebliebene, Beweisführung die zur Auferlegung des Ergänzungseids erforderliche Ueberzeugung gewirkt, oder doch befestigt habe, die praesumtio also eine credibilis sey? trat namentlich in früherer Zeit ein ferneres Bedenken hervor, ob nicht, wenn der Richter aus der

---

77) l. 31 D. de jurejur.

78) z. B. l. 1 C. quom. et quando judex (7. 43).

79) l. 3 C. de reb cred. (4. 1).

80) Barclajus, in l. 31 D. de jurejur.

Prüfung der Sache, auf Grund des vorbereitenden Verfahrens, jene Ueberzeugung gewonnen habe, mit Umgehung der über die einzelnen Vermuthungsgründe aufzustellenden Probatorial-Artikel, überhaupt der Einleitung einer feierlichen Beweisaufnahme, alsbald auf Leistung des Eides und danach weiter erkannt werden könne. In Sachsen geschah dieß auch in der That, wenigstens in geringfügigen Sachen, im Fall die betreffende Partei, für die eine Vermuthung der gedachten Art stritt, als glaubhaft sich darstellte, mit Vermeidung also der Weiterungen des ordentlichen Processes [81]). Aber auch für wichtigere Sachen wurde unter der Voraussetzung, daß künftig ein vollständiger Beweis des in Betracht kommenden Rechtsgeschäfts voraussichtlich nicht zu führen stehe, die Sache des Klägers aber z. B. durch eine starke Vermuthung unterstützt werde, und der Verklagte Einreden, welche diese zu schwächen geeignet wären, nicht vorgebracht habe, zu dem vielleicht die ganze Sache nach der Absicht des Klägers beurtheilt werden müsse, die alsbaldige Ableistung des Erfüllungseids für angemessen erachtet; indem man annahm, daß man in solchem Falle, auch nach Beendigung einer solennen Beweisaufnahme, doch nur zu diesem Ziele kommen werde. Verschieden davon verhielt es sich, wenn durch das Vorbringen des Verklagten die durch den vom Kläger unternommenen Beweis für solchen begründete Vermuthung zweifelhaft, namentlich durch wahrscheinlich gemachte Einreden zu beseitigen versucht wurde. Hier war eine vollständigere Untersuchung der Sache nicht zu vermeiden; der Richter sollte die Streittheile genauer hören, Probatorial- und Reprobatorial-Artikel für alle erheblichen Momente erfordern und die Auferlegung des Ergänzungseides folgeweise bis dahin aussetzen, wo die ganze Sache genauer instruirt worden seyn würde. Das fand seinen Grund in der Betrachtung, daß, wollte man auch hier vor der näheren Sachuntersuchung zu diesem Eide schreiten, in diesem Falle dennoch der Verklagte in Folge des Beweises seiner Einreden von der Klage entbunden werden mußte, wenn auch der Kläger seinen unvollständigen Beweis eidlich erhärtet hätte. Dabei

81) Erläut. d. sächs. Proc.-Ordn. Tit. I §. 6.

pflegte man indessen, wenn die causa actoris „admodum probabilis“ war, in dem Beweisinterlocute dem zur Eidesleistung bereiten Kläger den Ergänzungseid vorzubehalten, damit es nicht scheine, als solle durch jenen Vorbescheid demselben die Hoffnung auf solchen entzogen werden. Daher wurde zwar in einem dahin einschlagenden Falle, in welchem um die Frage es sich handelte, ob eine Ehefrau einen Theil ihres Brautschatzes zur Bestreitung der ehelichen Lasten verwendet? und wonach dieselbe gleich anfangs dargelegt hatte, daß sie eine gewisse Geldsumme in die Ehe inferirt habe, „propter varias causae ambiguitates“ der Beweis der Illation ihr auferlegt, auf ihre Beschwerde darüber aber, daß sie in dieser „causa maxime probabili“ nicht alsbald zum Ergänzungseide zugelassen worden sey, dem Erkenntnisse der Wittenberger Facultät der Vorbehalt einverleibt: „Jedoch ergeht wegen des anerbothenen Erfüllungseides, wenn zuförderst in der Hauptsache die Partheyen mit einander gebührend verfahren, auch sonst allenthalben ferner w. R. ist [82])“.

In Hessen ist diese Unterscheidung zwischen einer mehr oder minder feierlichen Vorbereitung für die richterliche Cognition in Beziehung auf die Auflegung des Ergänzungseides nicht bekannt. Für den älteren Proceß bei den Regierungen bestand nur die, aber allgemeine, Vorschrift, daß, nachdem von den Parteien die Impugnations- und Salvations-Schrift eingebracht und in dem weiter angesetzten Termine mündlich submittirt worden war, entweder auf den zugeschobenen oder zurückgeschobenen, oder auf den Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid zu interloquiren, oder auch sofort in der Sache endlich zu erkennen sey [83]); wonach also von einer Leistung des Ergänzungseides vor Beendigung des förmlichen Beweisverfahrens nicht die Rede seyn konnte.

III. Eine weitere, mit der unter I. in Verbindung stehende, Frage bezieht sich auf das Verhältniß, in welchem einerseits die betreffende Partei, andererseits der Richter zu diesem Eide steht und läßt sich in die speciellen Fragen formuliren: Ist zur Auf-

---

82) Erk. des gedachten Spruch-Collegiums, bei Chr. Ludw. Crell observ. de jurejur. suppl. (Vitemb. 1751), pag. 20.

83) Verordn. v. 6. Jul. 1770 §. 6 (VI. 579).

legung desselben der bestimmte Antrag der Partei erforderlich? Kann, wenn derselbe unterblieb, der Richter von Amtswegen gleichwohl solchen auferlegen? und welche Zeit ist im bejahenden Falle hierfür bestimmt?

1. Wer den ihm auferlegten Beweis in unvollständigem, aber in dem nach den bisherigen Grundsätzen zur Auflegung eines Ergänzungseids genügenden Maaße erbracht hat, kann verlangen, zum letzteren, behufs vollständiger Führung des Beweises, zugelassen zu werden [84]).

Darüber, daß in Folge dieses Rechtes die Partei die Bitte darauf beim Richter stellen könne [85]), wurde denn auch nicht, vielmehr nur über die Frage gestritten, wie lange er dazu befugt sey? ob namentlich noch nach erfolgter conclusio in causa dieß statthaft erscheine? Dem Grunde, aus welchem dieser letztere Zweifel verneinend entschieden wurde, weil nämlich nach diesem Zeitpuncte neue Beweismittel nicht weiter vorgebracht werden dürften, wurde damit begegnet, daß hier in der That von solchen gar nicht die Rede sey, weil ja in dem Verlangen, zu diesem Eide zugelassen zu werden, nur eine Imploration des richterlichen Officiums liege, in einer causa dubia den Nachsuchenden, nicht aber den Gegner, zur eidlichen Lösung des vorhandenen Zweifels für geeignet zu erklären [86]).

Wo, wie in Hessen, für die Auflegung des richterlichen Eids überhaupt eine bestimmte Zeit vorgeschrieben worden ist, daß sie nämlich auf die Submission im Termin, nach Einreichung der Beweisschriften, zu geschehen habe [87]) war damit jenes Bedenken auch für die Zeit der Stellung eines solchen Antrags beseitigt. Es muß dasselbe aber

2. auch überhaupt in dem Falle seine Erheblichkeit verlieren,

---

84) Seraphin. priv. 33 n. 2.

85) Für Hessen ist zum Ueberfluß noch besonders angedeutet, daß auch „auf Ansuchen eines Theiles" die Erkennung dieses Eids erfolgen könne, nicht blos von Amtswegen, Hanau. U. G. Ordn. v. 2. Jan. 1764 Tit. 26 §. 1; Hanau. Hofg. Ordn. v. 17. Jan. 1747 Tit. 11 §. 133.

86) Vergl. über die Vertheidigung der verschiedenen Meinungen: Setser, l. cit. lib. IV cap. 15 n. 2—8 (p. 497).

87) Verordn. v. 6 Jul. 1770 §. 6 (VI. 579).

wenn der Richter, unabhängig von solcher Bitte, von Amtswegen den fraglichen Eid aufzuerlegen für befugt erachtet wird. Daß dieß anzunehmen sey, geht einmal schon aus der vielfach im römischen[88]) und im canonischen Rechte[89]) enthaltenen Mahnung des richterlichen Fragrechts sich zu bedienen, um solchergestalt das Sachverhältniß ins Klare zu stellen und alles zur Erforschung der Wahrheit dienliche Beweismaterial herbeizuschaffen[90]), hervor. Zu dieser Befugniß des Richters steht denn auch der Ergänzungseid in Beziehung; auch er enthält eine Frage an die Partei, freilich eine viel ernstere als gewöhnlich, da sie dringender an das Gewissen sich wendet, eine feierlichere, als sonst begehrte, Antwort erheischt. Dazu gesellt sich denn aber auch der weitere, in der Natur des Verhältnisses liegende Grund, daß in vielen Fällen die betreffende Partei in einem früheren Stadium des Processes, vor dem Schluß der Sache, gar nicht wissen kann, ob der Antrag auf Zulassung zum nothwendigen Eide überhaupt unter den vorliegenden Umständen zuläßig oder noch erforderlich ist. Daher wurde denn auch dieser Satz schon beim Reichskammergericht angenommen[91]).

Gerathen ist es denn freilich, für den Fall eines etwaigen Uebersehens von Seiten des Richters, daß die Partei eine solche Bitte anbringt, wenn es auch nur zu dem Ende wäre, um ein Rechtsmittel damit zu vermeiden.

In Hessen ist übrigens der Grundsatz, daß der Richter von Amtswegen den Erfüllungseid aufzuerlegen habe, außer allem Zweifel, wie er denn auch aus den einschlagenden gesetzlichen Vorschriften zur Genüge sich ergiebt[92]).

---

88) l. 21 D. de interrog. in jur. fac. (11. 1): »Ubicunque judicem moverit, aeque oportere fieri interrogationem, dubium non est«; l. 9 C. de judic. (3. 1): »Judices oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, nunquid novi addere desideret etc.«

89) cap. 11 C. 30 qu. 5; cap. 10 X. de fid. instr. (2. 22).

90) l. un. C. ut quae desunt advoc. (2. 11); cap. 11 C. 30 qu. 5.

91) Thilman. de Benign. decis. cam. imp. syntagm. 4 dec. 4 vot. 5 n. 8.

92) So heißt es schon in der (S. 44) erwähnten Stelle der Gerichtsordn.

§. 29.

Qualification der Thatsachen zur Aufnahme in den Schwursatz.

Abgesehen von dem über die Voraussetzung der Unvollständigkeit der Beweisführung überhaupt bereits früher Bemerkten ist hier noch anzuführen:

I. Es kann in einzelnen Fällen vorkommen, daß aus dem geführten Zeugen-, oder sonstigem Beweise einzelne, von einer Partei behauptete und zu Beweis gestellte Thatsachen in, wenn auch nicht erheblich abweichender, vielleicht sogar bestimmterer, aber doch veränderter Art und Weise bekundet oder sonst wahrscheinlich gemacht werden. Hier entsteht dann regelmäßig die Frage: ob es dem Richter gestattet sey, die Angaben im Laufe des Beweisverfahrens den betreffenden factischen Momenten im präparatorischen Verfahren und Beweissatz zu substituiren und danach den Eidessatz festzustellen? Diese Frage ist streng genommen, nach dem Princip der Verhandlungs-Maxime, welches einem solchen Verfahren widerstreitet, zu verneinen und anzunehmen, daß der nach geführtem Zeugenbeweis aufzulegende Ergänzungseid nur auf die von der Partei behauptete und zu Beweis gestellte Thatsache, nicht aber auf die erst von den Zeugen näher angegebenen Umstände, wenn gleich solche erheblich sind und der zu erweisenden Thatsache rechtlich gleichstehen, zu richten sey [93]).

II. Zweifelhaft kann es sodann erscheinen, ob nicht, gleichwie in Beziehung auf Gegenstände, welche nur mittelst einer besondern wissenschaftlichen oder technischen Ausbildung sich er-

---

v. 1497, daß der Richter, ganz abgesehen also von allem Antrage, „nach gestalt der Sachen rc. den eydt aufflegen möcht"; und eben so wird in den oben (S. 151, Not. 85) angeführten Stellen der Hanauischen Proceßgesetzgebung speciell bestimmt, daß auch von Amtswegen dieser Eid aufzulegen sey.

93) In einem hier einschlagenden Falle wurde es vermieden, den als richtig erkannten, im Text erwähnten, Satz auszusprechen; v. Hendorf g. Erlanger [4146] 10/5 1838. In einem späteren dagegen wurde, nachdem eine Beweisantretung per aequipollens für statthaft angenommen worden war, der Erfüllungseid in Folge dessen auferlegt, Heid g. Stoffel [8617] 12/6 1844.

kennen lassen, die Eidesdelation als Beweismittel der Regel nach ausgeschlossen ist [94]), dieß nicht auch in Ansehung des Erfüllungseids anzunehmen sey? Wenn das zur Eidesleistung bestimmte Individuum die gerade in Betracht kommende Tüchtigkeit besitzen sollte, würde wohl die Auflegung des Erfüllungseides kein Bedenken haben. Anders, wenn diese Voraussetzung nicht vorliegt. Die hessische Praxis hat denn auch in dieser Hinsicht wie vorsteht unterschieden und danach die Statthaftigkeit des Erfüllungseides bestimmt [95]).

---

94) Faust g. Theiß, 1817; Briel g. Fisc. Pr., 1831; Gerth g. Isenburg, 1830. — Vergl. diese Schrift Abth. II §. 37 (S. 165 fg.).

95) Im Rechtsstreite zwischen einem Oeconomen und einen jüdischen Handelsmann, in welchem es sich um den Beweis handelte, daß verkaufte Ochsen zur Zeit des Handels mit der Lungenseuche behaftet gewesen seyen und anderes Vieh angesteckt hätten, wurde der durch Sachverständige angetretene Beweis nicht vollständig erbracht. Es wurde hier die Auflegung des gedachten Eides vom O. A. Gerichte zu Cassel für unzulässig erachtet, in Erw.: „daß, wenn auch durch die Aeußerungen der Sachverständigen eine Vermuthung für den in Rede stehenden Beweisgegenstand begründet wäre, doch die Auflage des Erfüllungseides nicht würde erfolgen können, da eine juristische Ueberzeugung, dessen Natur nach, lediglich aus dem Urtheile Sachverständiger geschöpft werden kann," Rosenbaum g. Blomeyer [7644] 19/3 1842. — In einem späteren Falle handelte es sich um eine, auf eine Holzberechtigung sich beziehende, Besitzklage und es war dem Kläger unter Anderem zu beweisen auferlegt: daß der Stand der Vegetation in dem betreffenden Walde während des Frühjahrs 1837 ohne Schaden für die Waldcultur es gestattet habe, daselbst auch noch nach dem 23. April näher bezeichnete Holzquantitäten zu hauen. In Beziehung auf den durch Sachverständige zu führen unternommenen Beweis wurde hier ausgesprochen: „daß — die den betreffenden Beweissatz bejahenden Gutachten des Gutsbesitzers v. B. und des Oberförsters C. genügende Grundlagen für die juristische Ueberzeugung von der Wahrheit des betreffenden Satzes abgeben, da sie sowohl auf langjährige genaue Bekanntschaft mit der bezeichneten Waldung und deren climatischem Verhältnisse und eigene Wahrnehmung der Beschaffenheit derselben hinsichtlich der Vegetation in dem Frühjahre 1837 gegründet sind; daß demnach die Verklagten durch das Erkenntniß auf den Erfüllungseid für den Kläger nicht beschwert sind —;" v. Buttlar g. v. Kutzleben [7476] 19/11 1842. — Schultheis g. Stadt Fulda [327] 15/3 1849, in Erw.: „daß — bei der zur Beurtheilung des vorliegenden Sachverhältnisses erforderlichen Sachkunde eine Ergänzung jener Beweisführung" (durch Sachverständige und Zeugen) „durch einen Erfüllungseid ebenfalls unzulässig erscheint, aus demselben Grunde aber auch die eventuell zur Hand genommene Eidesdelation unstatthaft ist."

III. In Uebereinstimmung mit dem im Eingange des §. 27 (S. 141) Bemerkten, daß der Schwörende durch den Ergänzungseid zu dem bereits vorliegenden unvollständigen Beweise einen Zusatz liefere, also ein weiteres, als in jenem liegendes Moment, zur Ueberzeugung des Richters darbieten müsse, hat man denn auch in der hessischen Praxis den Satz anerkannt: es dürfe der Ergänzungs-Eid alsdann nicht zugelassen werden, wenn der Schwörende keine sonstigen Gründe des Fürwahrhaltens, als die in der Beweisführung bereits enthalten sind, hätte, und die abweichende Ueberzeugung des Gerichts, welches in der Beweisführung keinen hinreichenden Grund der Wahrheit finde, entgegen stehe [96]).

§. 30.

Eides-Erkenntniß.

Die Regulirung des Ergänzungseides, welcher ein Haupteid ist, geschieht in Hessen durch einen, der Anfechtung mittelst der ordentlichen Rechtsmittel unterworfenen [97]), Bescheid. Darin wird der Eid sowohl seiner Natur nach als Ergänzungseid bezeichnet, als auch weiter angegeben, ob er der Wahrheit, dem Glauben, dem Nichtanderswissen, dem Nichtwissen nach auszuschwören sey.

In dem Bescheide muß der Erfüllungseid genau dem Klaggrunde gemäß gefaßt werden, wenn auch eine Herabsetzung des Klagantrags auf einen geringern Betrag im Laufe des Rechtsstreits erfolgt [98]). Sodann muß er eine genaue Bezeichnung derjenigen Individuen, welche den Eid auszuschwören verbunden seyn sollen, enthalten; was insbesondere rücksichtlich der moralischen Personen, der Gemeinden, von Wichtigkeit ist [99]).

Wie in diesen verschiedenen Beziehungen, so gilt auch in

---

96) v. Münchhausen g. Ebeling, 1821.

97) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 34. N. Samml. Entsch. des O. A. Gerichts zu Cassel, Th. I S. 82.

98) Aprath g. Wieggrefe [1792] 1818.

99) Ueber die Zahl und Beschaffenheit der auszuwählenden Schwurpflichtigen in solchen Fällen, s. Abth. II §. 62 (S. 270) dieser Schrift.

Ansehung des Schwursatzes, mit der auf den Unterschied vom deferirten Eid sich beziehenden Modificationen alles Dasjenige, was früher über den Eidesbescheid bereits angeführt worden ist [1]).

Zugleich wird der auch hier, wie bei der Auflegung des deferirten oder referirten Schiedseids anzudrohende Rechtsnachtheil und zwar für den schwurpflichtigen Theil dahin, daß im Falle des Nichterscheinens der Eid als verweigert werde erachtet, für den Gegner desselben aber dahin, daß mit der Eidesleistung einseitig, in dessen Abwesenheit, werde vorgeschritten werden, ausgesprochen [2]).

Hiermit ist denn auch die Auflage zur Beibringung eines Eidesbelehrungsscheines des zuständigen Seelsorgers [3]) in den dazu geeigneten Fällen [4]) und die Ansetzung eines Termins, zwischen welchem und der Insinuation des Bescheids ein dreiwöchiger Zwischenraum liegen sollte [5]), zu vereinigen.

Von einem mit diesem Bescheide eventuell zu verbindenden Endurtheile [6]) kann dagegen hier so wenig wie bei der Eideszuschiebung [7]) die Rede seyn.

Fünfter Titel.

Weiteres Verfahren.

§. 31.

Leistung, — und Weigerung des Eides; — Folge.

In Beziehung auf das weitere, hierdurch veranlaßte, Verfahren ist zunächst der die Natur des Erfüllungseids und dessen

1) Diese Schrift, Abth. II §. 76 (S. 375).

2) Ueber die Vorladung der Parteien, die Folgen der Unterlassung, die Insinuation des Bescheids ꝛc. vergl. diese Schr. Abth. II S. 383.

3) Unterger.-Ordn. v. 1732 Art. IV §. 13.

4) Diese Schr. Abth. II S. 404.

5) Verordn. v. 6. Jul. 1770 §. 15 Nr. 15 (III. 336): „Wenn auf einen Eid zu erkennen, wird dazu terminus zur Ablage präfigirt von 3 Wochen“.

6) Wie solches in l. 11 C. de sent. (7. 45) angedeutet wird. Vergl. Linde, Civ.-Proc. §. 370.

7) Diese Schrift Abth. II S. 377.

Unterschied vom deferirten Eid betreffenden eigenthümlichen Grundsätze zu gedenken. Dahin gehört zunächst

1. daß, wie der nothwendige Eid überhaupt, so auch der in Rede stehende, weder eine Zurückschiebung[8]), noch den Beweis zur Vertretung des Gewissens mit Beweis[9]), — da nach dem Beweistermin es nicht gestattet ist, neue Beweismittel einzubringen, — noch auch die vorgängige Abnahme des Eids vor Gefährde[10]), den Beweis zur Verhütung des Meineids aber in dem Falle wenigstens nicht zuläßt, wenn dasjenige, zu dessen Beweis sich erboten worden, unerheblich ist[11]). Da in Hessen durch die neuere Gesetzgebung[12]) der Beweis zur Meineidsverhütung überhaupt für unstatthaft erklärt worden ist, so versteht es sich von selbst, daß auch in der vorliegenden Beziehung davon keine Anwendung weiter zu machen steht.

2. Stirbt der Schwurpflichtige vor der Abnahme des Eides, so pflegt man hier einen doppelten Fall zu unterscheiden. Entweder derselbe hatte vor seinem Ableben den Eid bereits annehmen zu wollen erklärt; hier wird dann derselbe zwar nach einer auch neuerdings in manchen Ländern sanctionirten, in Hessen aber nicht gebilligten, Ansicht, als ausgeschworen angenommen[13]).

---

8) cap. 36 §. 1 X. de jurejur. — Hanau. Hofger.-Ordn. v. 17. Jan. 1747 Tit. 11 §. 136.

9) Carpzov P. I const. 14 def. 21; Hanau. Unterg.-Ordn. v. 2. Jan. 1764 Tit. 26 §. 2. Das Erkenntniß ist das Schluß-Erkenntniß, nach welchem ein Beweisverfahren nicht mehr zulässig seyn kann. Anders nach dem älteren sächsischen Rechte, Kori Lehrb. d. ord. sächs. Proc. §. 122.

10) Hanau. Hofger.-Ordn. v. 17. Jan. 1747 Tit. 11 §. 136. — Das ist auch die gewöhnliche Ansicht, z. B. in Preußen: Heffter Civilproc. für die preuß. Staaten §. 161, S. 193.

11) Gerhold g. Ihlin, O.A.G. Decr. v. 30/11 1791; Kopp, Handb. Th. III, S. 304.

12) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 26 Abs. 1. Diese Schrift, Abth. II S. 370.

13) Daß dieser in neuern Gesetzen rc. sowohl (vergl. z. B. die Hannov. Proc.-Ordn. v. 1847 §. 173 Nr. 2; Württemb. Proc.-Ges.-Entw. Art. 895 rc.; abgedr. in Abth. II S. 401 Not. 55 dieser Schrift), als nach der Praxis, z. B. in Preußen (Heffter, a. a. O.) angenommene Satz in der Hessischen eine Richtschnur nicht gewesen ist, geht namentlich aus der Entscheidung des Rechtsfalls Nr. 2. in Abth. II dieser Schrift S. 396, hervor, da ungeachtet der hier

Oder der Tod war vor der Annahme erfolgt, alsdann soll, insonderheit auch nach der Auffassung in ergangenen neueren Gesetzen, das Gericht auf den Antrag und nachdem erforderlichenfalls die Parteien gehört worden sind, über die Frage: ob und wem der nothwendige Eid aufzuerlegen sey? von Neuem so erkennen, als ob schon zur Zeit des vorigen Ausspruchs der Verstorbene nicht mehr am Leben gewesen wäre [14]); wohingegen es nach der gewöhnlichen, namentlich durch die Gerichtspraxis bestätigten, Annahme [15]) alsbald zur Ausschwörung des für den nun Verstorbenen auferlegten, jetzt aber in einer nach Maaßgabe der Kenntniß der Erben desselben, solchen entweder über das Nichtglauben oder Nichtwissen einzurichtenden Eides kommen muß. Den Grund dieses Satzes fand man einerseits darin, daß der Verstorbene recht wohl die Absicht gehabt haben könne, zu schwören, ohne daß man für den Tag der Ableistung die gleiche Bereitschaft unterstellen dürfe [16]); andererseits darin, daß es mit dem Fall, wo der Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid erkannt wird, sich anders, als in dem Falle verhalte, wenn eine Eideszuschiebung vorliege. Hier sey nämlich in der Annahme eine stillschweigende Uebereinkunft, daß man das, worüber der Eid zugeschoben worden, für wahr annehmen wolle, im Fall die Eidesleistung erfolge, enthalten und es trete derselbe Erfolg ein, wenn der Schwurpflichtige bereit gewesen, an der Er-

---

vor ihrem Ableben und vor dem Schwörungstermin erfolgten Erklärung der Schwurpflichtigen, den Erfüllungseid leisten zu wollen, der Eid nicht für geleistet anerkannt, vielmehr nunmehr den Erben der Eid dem Glauben nach auferlegt wurde.

14) Vergl. z. B. die Hannov. bürg. Proceßordn. v. 8. Nov. 1850 §. 291; die v. 1847 §. 173.

15) Vergl. z. B. für Preußen: Heffter a. a. O.; für Hessen: diese Schrift Abth. II S. 396.

16) Auch an ausdrücklicher Bestätigung dieser Ansicht fehlte es nicht, wie denn solche z. B. enthalten ist in der Brandenburg'schen Proceßordn. Tit. 44 §. 6 dahin: „Das Juramentum suppletorium muß von denenjenigen, dessen eigenes Factum dasselbe betrifft, allezeit super veritate, von denen Erben aber, oder welche sonst gegründetem Vermuthen nach, von der Sache keine rechte und eigentliche Wissenschaft haben, nur super credulitate abgeschworen werden.“ Vergl. auch Carpzov lib. 6 resp. 61 n. 8, 10, Part. 3 const. 1 def. 6.

füllung aber verhindert worden sey. Dort aber entscheide des Richters Anordnung über die Eidespflicht; von einem stillschweigenden Vertrage könne also so wenig die Rede seyn, als von seiner Folge [17]).

In Preußen hat heutigestags, wenn der Gegner des abgeschiedenen Schwurpflichtigen, oder, wenn er selbst nicht mehr vorhanden ist, sein Rechtsnachfolger eine nachträgliche Verhandlung und Entscheidung in derjenigen Instanz, wo zuerst auf den Eid erkannt worden ist, über die Frage zu beantragen: ob nunmehr ihm, wegen veränderter Lage der Sache, ein Wahrheitseid nachzulassen sey, und in dieser Verhandlung sind dann neue Thatsachen und Beweise und gegen die Entscheidung die gleichen Rechtsmittel zuläßig, wie wenn jetzt zuerst in dieser Instanz auf den Eid erkannt worden wäre [18]).

3. Kommt es zur Abhaltung des Schwörungstermins, dann tritt der doppelte Fall ein:

a. Entweder der Schwurpflichtige erscheint, gleichviel, ob in Anwesenheit oder in Abwesenheit des Gegners [19]); er ist bereit zur Eidesleistung und es wird ihm, — nicht etwa auch seinem Mandatar [20]), — solche vom Richter abgenommen. Hier ist die Folge, daß nunmehr der Beweis als ergänzt erachtet und dadurch das Ende des Streits herbeigeführt wird [21]); zwar nicht unmittelbar, weil diesem Eide nicht die Wirkung des Vergleichs, welcher dem ausgeschworenen deferirten Eide beiwohnt, folgt; wohl

---

17) Overbeck, Medit. Th. IV Nr. 246.

18) Heffter a. a. O. Was den gemeinrechtlichen Proceß dagegen anlangt, bemerkt derselbe Schriftsteller im System §. 765 (S. 324) ganz allgemein: „Stirbt die zum Eide zugelassene Partei vor der Ableistung, so kann derselbe, als besonderer Vertrauens-Eid, eben so wenig, wie der von einer Partei deferirte, für geleistet erachtet; es muß vielmehr das nun stattfindende Verhältniß der Parteien gegen einander von Neuem geprüft werden."

19) Die letztere hat nur die Folge des einseitigen Verfahrens in dessen Ungehorsam; vorausgesetzt, daß über seine gehörige Ladung kein Zweifel besteht.

20) Das ist unzuläßig, weil der Schwurpflichtige gleichsam als Zeuge in eigener Sache den Eid zu leisten hat, c. 47 X. de test. (2. 20); Setser l. cit. lib. 12 cap. 12 n. 20, 21. Hanau. U. G. Ordn. v. 1764 Tit. 26 §. 2; Hanau. Hofger.-Ordn. v. 1747 Tit. 11 §. 136.

21) l. 1 D. de jurejur.

aber mittelbar, durch das jenem folgende Erkenntniß. Demnach geht dieß auf Verurtheilung des Verklagten, wenn der Kläger; auf Entbindung von der Klage, wenn jener den Eid geleistet hat [22]).

b. Oder der Schwurpflichtige erscheint im Termine nicht; oder er erscheint zwar, aber mit der ausdrücklichen beziehungsweise zu unterstellenden Willensbestimmung, den Schwur nicht leisten zu wollen. Die Folge ist dann hier, sofern nicht besondere Entschuldigungsgründe angegeben sind [23]), die, daß, wenn der Kläger der Weigernde ist, der Rechtsstreit für ihn verloren, wenn aber der Verklagte, daß derselbe für der Klage geständig zu halten ist [24]).

In Beziehung auf die Anwendung des nothwendigen Eids auf den Fall, wo juristischen Personen derselbe auferlegt wird, besteht unter den Rechtslehrern eine Meinungs-Verschiedenheit. Während Linde [25]) und Schneider [26]) darin übereinstimmen, daß die Folgen der Ableistung, wie der Verweigerung des Eides, von Seiten des oder der Gewählten stets dieselben seyen, wie wenn die Partei selbst den Eid geleistet oder verweigert hätte; gleichviel, ob der Eid der Wahrheit oder dem Glauben nach geschworen worden, von dem gewöhnlichen Organ der moralischen Person, oder von einem Anderen, welcher als ihr Organ nicht betrachtet werden kann [27]), womit auch die Praxis der hessischen Gerichte übereinstimmt; — hält dagegen Viereck [28]) in Be-

---

22) l. 34 §. 1 D. de jurejur.

23) l. 12 §. 2 C. de reb. cred. (4. 1).

24) l. 5 §. 4 D. de jurejur. (12. 2); l. 2 §. 6 C. de jurejur. propt. calumn. (2. 59). — In der Hanauer Unterg.-Ordn. v. 2. Jan. 1764 Tit. 26 §. 3, und Hanau. Hofger.-Ordn. v. 17. Jan. 1747 ist bestimmt, daß, wenn der zur Leistung des Erfüllungseids bestimmte Theil in der dazu bestimmten Tagefahrt ungehorsam zurückbleibt, oder derselbe nicht schwören will, der Eid auch im Falle des Zurückbleibens des Gegners für desert erklärt, gleichwohl derselbe in des letzteren Ungehorsam nicht für geleistet erachtet, sondern dem geschickt und zum Schwören bereit erscheinenden Theile einseitig abgenommen wird.

25) Archiv f. civ. Pr. B. X S. 56.

26) Lehre vom rechtl. Beweise, krit. Anm. zum §. 407.

27) z. B. bei Gemeinden von drei oder vier Personen aus ihrer Mitte, welche vom Gegner zu wählen sind, Decis. Cass. T. II dec. 194 n. 13, (Kopp Handb. Th. III S. 307).

28) Betrachtungen ü. die Anwendung des Beweismittels der Eidesdelation u. der richterlichen Notheide auf jurist. Personen, (Rostock u. Schwerin, 1848), S. 183.

ziehung auf die Verweigerung des Eides diesen Satz nur da für geltendes Recht, wo die Praxis wirklich entschieden so weit gehe [29]. Wo eine solche nicht bestehe, da, meint er, müßten mit Rücksicht auf die Natur des Beweismittels, als Zeugniß des Schwörenden in fremder Sache, folgende Consequenzen gezogen werden:

1. Verweigert der vom Richter zur Eidesleistung aufgeforderte Beamte ꝛc. solche oder die Erklärung auf diese Zumuthung, dann ist derselbe, gleich dem Zeugen, durch Strafandrohungen, nicht durch processualische Nachtheile, wegen der ihm mangelnden Eigenschaft einer Partei, zu nöthigen. Führt dieß zu keinem Resultat, alsdann werden, wie gleich nach erfolgtem Schluß des Beweisverfahrens, die Parteien von Neuem gehört und eine nochmalige Wahl des Schwurpflichtigen getroffen. Die abermalige Bereitelung derselben hat die Wiederholung zur Folge, da der Richter mit den von Amtswegen von ihm herbeigeschafften Beweismitteln nicht ausgeschlossen werden kann. Gelangt er auch auf jenem Wege zu keiner juristischen Ueberzeugung, so muß er den vorliegenden Beweis für nicht vorhanden annehmen.

2. Erklärt sich zwar der Gewählte zur Eidesleistung anfangs bereit, bleibt aber gleichwohl im Schwörungstermin ungehorsam zurück, so kann dann gleichfalls die Partei nicht für eidesweigernd angesehen werden, da lediglich ein nur fingirtes unbeschworenes Zeugniß vorläge, was alsdann um so weniger Einfluß auf die richterliche Ueberzeugung auszuüben vermöchte, wenn es nur dem Glauben nach abzulegen war; es tritt also hier das gleiche Verfahren ein, wie das unter 1. erwähnte.

3. Die ausdrückliche Erklärung des zum Schwur Bezeichneten, den Eid nicht leisten zu können, ist ein unbeschworenes Zeugniß für das Gegentheil des Schwursatzes, welches, wenn der Richter die eidliche Erhärtung desselben veranlaßt, dahin führen kann, gegen die Partei, für welche der Eid geleistet werden sollte, zu erkennen.

---

29) Er gibt zu, daß das an vielen Orten der Fall seyn möge, besonders da, wo die Praxis auch der moralischen Person selber den Nothseid auflegen lasse und wo mithin die Natur des hier angewandten Beweismittels als eines bloßen Zeugnisses (in fremder Sache) practisch weniger anerkannt sey.

4. Wenn, im Fall Mehrere schwören sollen, Einer den Eid verweigert, Andere dagegen denselben leisten, dann wird dieser Conflict nach der Lehre von der Collision gleichartiger Beweismittel [30]), insonderheit verschiedener Zeugen-Aussagen [31]), entschieden, dem Wahrheitseid vor dem Glaubenseid, außerdem der größern Zahl der Zeugen und ihrer persönlichen Glaubwürdigkeit, nach richterlichem Ermessen der Vorzug gegeben; insofern sich dagegen die beiderseitigen Aussagen aufheben, die Zuziehung eines weiteren, neu zu erwählenden Mitglieds, oder mehrerer für angemessen erachtet, wo dann deren Aussage die Entscheidung geben soll.

§. 32.

Anfechtung des Eides.

1. Durch die früher (S. 10) mitgetheilte l. 31 D. de jurejur. (12. 2) ist der Weg vorgeschrieben, welcher eingeschlagen werden kann, wenn der Gegner dessen, welcher den Eid geleistet hat, bei demselben sich nicht beruhigen will. Wenn nämlich aus später aufgefundenen, also neuen, Urkunden erhellt, daß der Richter aus falscher Voraussetzung und auf unrichtige Grundlage hin, in Folge jenes Eides, das Erkenntniß ertheilte, so kann alsdann das letztere rescindirt werden. Zur Begründung dieses ausnahmsweisen [32]), — mit der praetorischen Restitution, deren es

---

30) Gensler, Archiv f. civ. Pr. B. IV S. 258 fg. Nr. 1 u. S. 290 fg.; Linde, Lehrb. d. Proc. §. 321 Nr. 1 Not. 6—8.

31) l. 21 §. 3 D. de test. (22. 5): »Si — ex his« (testibus) »quidam aliud dixerint, licet impari numero, credendum est: sed quod naturae negotii convenit et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret; confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis et quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit; non enim ad multitudinem respici oportet: sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis assistit.«

32) Denn die res judicata wird regelmäßig auf diesem Wege nicht beseitigt, l. 4 C. de re jud. (7. 52): »Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas restaurari, exemplo grave est.« In l. 35 D. de re judic. (42. 1) wird zwar ebenwohl als Regel der Satz aufgestellt, daß »sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime opor-

danach nicht bedarf, nicht zu verwechselnden, und auf den constitutiones principum beruhenden Rechtsmittels, — wird nun aber die eidliche Erhärtung der Neuauffindung erfordert [33]). Hierin liegt mit ein Unterschied des Erfüllungseids von dem zugeschobenen Eid, bei welchem letzteren, wegen der demselben beiwohnenden Vergleichs-Natur, nach der es nur darauf ankommt, ob geschworen sey, von einer solchen Retractation des Eides nicht die Rede seyn kann. Für die Hanau'schen Gebietstheile von Hessen ist übrigens die letztere in Betreff des Erfüllungseids noch besonders gesetzlich sanctionirt [34]).

Inzwischen ist dieß Rechtsmittel heutigestags in Hessen nicht in Gebrauch, indem man, mit Rücksicht auf die in Betreff der res judicata geltenden Grundsätze, nur unter Voraussetzung eines begründeten Restitutions-Gesuchs eine Beseitigung des gedachten Eides für statthaft erachtet.

II. Daneben kann also im Wege der Restitution der gleiche Erfolg herbeigeführt werden, wobei dann der Implorant nicht auf Urkunden beschränkt ist, sondern auch anderer Beweismittel sich bedienen kann. Da indeß dieser Beweis regelmäßig auf den Beweis des Meineids hinauszielt, so entsteht hier die Frage: ob diesem Verfahren im Laufe des Civilrechtsstreits, oder erst nach vorgängiger Verhandlung der Sache im Strafverfahren und Feststellung des gedachten Verbrechens Statt zu geben sey?

In Hessen ist die letztere Alternative bejahend entschieden

---

ceat;« es bildet aber gerade, wie erwähnt, der im Text angeführte Satz eine durch die constitutiones principum gestattete Ausnahme, welche darin ihren Grund hat, daß nicht der Schwörende durch den Meineid einen Vortheil erlangen dürfe, Barclajus, l. cit. ad l. 31 D. de jurejur. (p. 958). — Ob unter den »novis instrumentis« nur Urkunden, oder auch Zeugen begriffen seyen? darüber vergl. Knorre Anleit. z. gerichtl. Proceß (3. Aufl.), S. 204 not. b; Leyser spec. 142 med. 1; Malblanc, l. c. §. 64, 65.

33) cap. 4 X. de except. (2. 25).

34) Hanau. Unterg.-Ordn. v. 2. Jan. 1764 Tit. 26 §. 6: „Nach abgelegtem Erfüllungs- oder Reinigungs-Eyde und darauf erfolgtem Rechtsspruche findet der Beweis des Gegentheils, durch neu vorgefundene Zeugen oder Urkunden, keine Statt." Unrichtig ist es daher, wenn Kopp, Handbuch der Hess. Landesverf. B. III. S. 304 das Gegentheil behauptet. Schaumburg, princ. prax. lib. I sect. 1. membr. 4 §. 9 not. ***.

worden [35]. Als daher in einem Ehescheidungsprocesse der Verklagtin aufgegeben war, rücksichtlich des ihr zur Last gelegten Ehebruchs sich eidlich zu reinigen, wurden zwar vom Kläger, zum Beweise desselben, zwei erst nach Ertheilung des Eidsbescheids entdeckte Zeugen benannt und deren Abhörung beantragt. Das O. A. Gericht verwarf aber dieß Gesuch als unstatthaft, weil die weitere Beweisführung, welcher durch dasselbe Eingang verschafft werden solle, auf einen Beweis des Meineids hinauslaufe, das im Civilverfahren nicht zugelassen werden könne [36]) und wandte denselben Satz auch in Beziehung auf den angenommenen zugeschobenen Eid an [37]).

III. Als ein Weg zur Beseitigung der Wirkung des ausgeschworenen Erfüllungseides kann dagegen in Hessen der des ordentlichen Rechtsmittels der Appellation nicht betrachtet werden, indem dieser Eid zu denjenigen, s. g. Haupteiden, gehört, rücksichtlich welcher der sie auflegende Bescheid selbst schon der Anfechtung durch dieß Rechtsmittel unterliegt, jene aber nach erfolgter Ausschwörung unstatthaft ist [38]).

35) Ueber die in dieser Hinsicht geltenden Grundsätze vergl.: „Ueber die materielle Connexität der Civil- und Criminal-Rechtssachen" rc. in der N. Samml. Casseler O. A. Gerichts-Entsch. Th. II S. 310—334.

36) Eben das. S. 332 Not. 21. Es ist in diesem Ausspruch der Grundsatz für die nothwendigen Eide überhaupt ausgedrückt.

37) Eben das., S. 333 Not. 22.

38) Gesetz vom 16 Sept. 1834 §. 34. Ueber die Auslegung dieser Stelle vergl.: N. Samml. Casseler O. A. Gerichts-Entsch. Th. I. S. 82, Th. IV Abth. 2 S. 141.

Zweiter Abschnitt.

Der Reinigungs-Eid.

Erster Titel.

Nach älterem deutschen Rechte.

Erstes Kapitel.

Rechtliche Bedeutung dieses Eides.

§. 1.

Ueberhaupt.

Wenn Tacitus in seinem ehrenden Zeugnisse über die Vorzeit Deutschlands bekundet, daß daselbst gute Sitten mehr vermöchten, als anderwärts gute Gesetze [39]), so leidet dieß in Beziehung auf den Gegenstand, um welchen es sich hier handelt, eine doppelte Anwendung.

Einmal die, daß man sich damals noch nicht mit einem später s. g. halben Beweise begnügte. Der Gedanke, es gibt nur Schuld oder Unschuld, Recht oder Unrecht, kein Mittelding, war bei unsere Voreltern lebendig und führte dahin, daß, wenn der Beweis nicht so geführt werden konnte, daß das Eine oder Andere dargethan war, nicht ein halbes Urtheil gesprochen, sondern in solchem Fall die Gottheit selbst zur Richterin aufgefordert wurde, indem man davon ausging, sie könne nie das Unrecht begünstigen, am wenigsten da, wo man ihr die Entscheidung unmittelbar überließ.

---

39) Germania, cap. 19.

Dann aber war es auch ein in der Treue und dem Glauben der Germanen lange und oft bewährter Satz, daß man auch den einfachen, „schlechten", „einfältigen" Worten des Mannes, ohne weitere Bestärkung, trauen könne[40]). Er hatte dieselbe Bedeutung, wie die für Geistliche ausdrücklich gegebene Vorschrift, ohne eidliche Erhärtung »cum puritate et veritate« auszusagen[41]) und gab sich auch in späteren Zeiten noch durch die „an rechten Eides Statt" gegebene Bekräftigung[42]) zu erkennen.

Wäre nun aber auch in der That die „Treulosigkeit", welche der Apostel Paulus[43]) von den Römern insonderheit, mit ihnen

---

40) Noch in späteren Zeiten wird sich darauf bezogen, z. B. im Receßbuch des Sächs. Oberhofgerichts an. 1500 fol. 165: „Vnnd was dyselbigenn (testes factae transactionis) vonn beiden teilen, bey örenn schlechtenn worten, als fromme Lewte, aussagen wurden, was zwüschen on, der beteidung gewest." — Cod. jur. Bav. ap. Heumann p. 92: „Wo ein herre mit seinem mair ze krieg würde vmb sein gült, oder vmb seines guetz recht, da sol man des Herrn worte pey seinen Trewen vmb gelaube vngeschwören." In dipl. an. 1430 in de Falkenstein Cod. dipl. Nordgav. p. 259: „vnd ihren Worten ohn Eide vnd Nothrecht zu glauben." In dipl. an. 1420: „so mochten sie sich des vnd darzu, wohe sie des Kosten Zerung vnd Schaden hetten genommen, an myne liebe und gut semtlich vnd sunderlich erholen vnd erkobern ꝛc. vnd des kosten zerunge vnd schaden iren schlechten worten ane eyd zu glaubin", in Senkenberg. Sel. T. II p. 81. In dipl. Worm. an. 1430: „Darumb mann auch sinen eynfeltigen worten zu einer yglichen zyt glauben soll," in Schannat hist. Worm. T. II p. 236. — Haltaus gloss. Germ. med. aevi, p. 279; Schilter gloss. p. 280; Scherz gloss. germ. T. I, p. 285.

41) Capit. Episcop. an. 801 c. 20: »Ut nullus sacerdos quicquam cum juramento juret, sed simpliciter cum puritate, et veritate omne dicat.« — Stephan. Fornac. epist. 162: »In verbo veritatis sub periculo animae suae.« Charta an. 1231: »Et Capitulum promisit in verbo veritatis, quod stabit dicto et ordinationis nostrae.« — du Cange Glossar. ad scriptor. med. et infim. latin., Tom. III, p. 1613.

42) Vergl. die Beispiele bei Haltaus, l. c. p. 279 (a. 1256: »sub fidei quoque sponsione, veluti sub nomine juramenti«; a. 1313: »vice sacramenti praestiti«; a. 1314: »fide corporali loco juramenti praestita«; an. 1357: „gelobet mit ire Truwe die sü darüber liplich gab an eynes rechten Eydes Statt;" an. 1381: „gelobet by ieren truwen, die sie — in aides wise vnd krafft — gegeben hand —." Vergl. Schilter, gloss. p. 279, 280.

43) Röm. 1, 31.

aber auch von allen Unbekehrten bezeugt, unsern Vorfahren in gleichem Maaße als jenen nicht nachzusagen gewesen, so war doch auch bei ihnen schon in der vorchristlichen Zeit das Bedürfniß einer Bekräftigung des einfachen Wortes aus dem Bestehen darauf abzweckender Institute unzweifelhaft vorhanden. Ein doppelter Weg, die streitige Wahrheit zu erforschen, war ihnen bekannt. Zum Verständniß des einen, wie des andern, aber auch zur Unterscheidung desselben von der Weise der Römer, die Wahrheit durch das verstärkte Wort festzustellen, diene eine kurze Hinweisung auf das Verhältniß, in welchem der Germane zu seinen nächsten Verwandten (seiner Sippe), zur Gemeinde, zur Gottheit stand.

Wenn nach römischem Rechte der Fall eintrat, in welchem durch eine eidliche Bestärkung der Versicherung des Schwörenden die Wahrheit einer streitigen Thatsache ermittelt werden sollte, dann wurde diese Versicherung nur vom Individuum als solchem, von ihm allein, ohne Verlangen nach menschlichen Beistand, oder göttlichen Schutz und Hilfe vor innerer und äußerer Anfechtung abgegeben. Anders verhielt es sich bei unsern Voreltern. Gerieth ein Mann aus der einen Sippe mit dem einer anderen in Streit, so trat ein dreifaches Verhältniß näherer Gemeinschaft mit einem Höheren, Mächtigeren hervor. Die nächste war die unter den Gliedern derjenigen Sippe, welcher der Streitende angehörte. „Denn, wie Freundschafts-Bündnisse, so verpflichteten auch Feindschaften des Vaters oder Verwandten das gesammte Geschlecht. Doch dauerte dieser Haß nicht unauslöschlich fort, da selbst ein Todschlag durch Zugvieh und Rinder, die das ganze Haus als Genugthuung in Empfang nahm, gesühnt wurde: heilsam für das gemeine Beste, da Familienfehden um so gefährlicher werden, je größere Freiheit herrscht." Damit nun durch diese von Tacitus[44]) angedeutete Gefahr für die Gesammtheit nicht verwirklicht werde, trat die Gemeinde, welcher die Aufrechthaltung des Friedens jener zu bewachen oblag, vermittelnd, um den Bruch möglichst zu verhüten, in Thätigkeit, da „auch anzuklagen und auf Todesstrafe zu dringen vor der Versammlung verstattet war" [45]). Der Friede-

---

44) l. cit., cap. 21.

45) Tacitus, l. cit. cap. 12.

brecher konnte, wenn er das Wehrgeld nicht zahlen wollte, durch Vorführung seiner Fehdegenossen den sonst zur Herstellung des Friedens erforderlichen Kampf vermeiden, wenn deren Macht und Zahl dem Gegner die Hoffnung der Erringung der Buße durch den Kampf entzog, oder ihre Erfüllung unwahrscheinlich machte. Damit Ueberzeugung davon in dem Gegner begründet werde, mußte der Verklagte das Bündniß mit seinen Fehdegenossen, zunächst aus seiner Familie [46]), so eingehen, daß jener Gewißheit erhielt, es würden dieselben ihm Widerstand leisten. Diese feierliche Zusage zum Vertheidigungs-, oder Vergeltungs-Kampfe geschah nun durch einen Eid, welcher bei einem oder mehrern Göttern vor der Gemeinde abgelegt und durch das „so mir gott helfe," „in gottes minna" [47]) ausgedrückt wurde. Unter Anrufung der Götter reichten sich die Genossen die Hände und gelobten sich Beistand durch die Waffen [48]). Durch solchen Eid wurde auf den „Frieden Gottes", dem ersten, wonach zu trachten und welcher am willigsten zu halten war [49]), sich bezogen und wirkte dem Widersacher gegenüber durch den doppelten Eid, nämlich den des Verklagten dahin, daß er nicht schuldig sey, zu sühnen, weil ihm eine genügende Zahl von Genossen zur Seite stehe und den der Genossen dahin, daß der Bund mit dem Verklagten bestehe und daß sie dessen Eid für „rein und nicht mein" hielten [50]), jene Ueberzeugung vom wirklichen Bestehen dieses Bündnisses; der Gemeinde gegenüber aber den Glauben, daß der Verklagte nicht muthwillig die Sühne verweigere. Für den Gegner bot also die Zahl der Fehdegenossen des Verklagten auf den Grund ihres Eides das hauptsächliche Ueberzeugungs-Moment dar; während die Gemeinde daraus einen Grund entnahm, denselben auch ohne Fehde für unschuldig zu erklären und dem Kläger folgeweise solche zu verbieten; es wäre denn, daß dieser, was ihm frei stand, seinerseits aus der Familie des Ver-

---

46) Rogge, Gerichtswesen d. Germanen, S. 165.

47) Grimm, Rechtsalterth. S. 895 (»hialpi mer sva Freyr«); Phillips deutsch. Gesch. Th. I S. 248.

48) Phillips a. a. O.

49) Angelsächs. Gesetze, Anh. III Nr. 1 (her. von Reinhold Schmid, Th. I S. 202).

50) Diese Schrift, Abth. I S. 270.

klagten diejenigen, welchen er am wenigsten bei der Vertheidigung des letzteren beharren zu wollen zutraute, Eidesgenossen gewählt und solche den Eid der Vertheidigung des Verklagten abgelehnt hätten [51]).

Jener Eid der Genossen des Verklagten, welcher aus der Fehde hervorgegangen [52]), seine Bedeutung vornämlich auch in der äußern Stärke und Macht der Genossen [53]) fand, bezog sich nicht, wie schon früher [54]), bemerkt, auf die Sünde, auf eine sittliche Schuld, sondern auf eine nur mit Geld sühnbare Handlung, deren Bedeutung, gleich der Zahl der schwörenden Genossen, nach der »qualitas pecuniae« sich richtete [55]) und welche in ihren Folgen sowohl durch die Bezahlung dieses letzteren, des Wehrgelds, als durch den Eid vermöge der Macht der Gemeinde, die nun die Fehde verbot, getilgt erschien.

Daß ein solcher Eid, wie er hier in Frage steht, als regelmäßige Abwehr einer Klage, schon seit den ältesten Zeiten bei den germanischen Völkern wesentlich in den Proceß verwebt und daß er nothwendig bereits vor Einführung der christlichen Religion ihm bekannt gewesen seyn müsse, dafür liefert ziemlich directen Beweis das spätere geschriebene Recht [56]).

---

51) Rogge, a. a. O. §. 33.

52) Aethelreds Ges. bei R. Schmid, a. a. O. S. 131: „Und wenn man einen Geweihten mit Fehde belegt und sagt, er sey Thäter oder Rathgeber, so reinige er sich mit seinen Magen, welche die Fehde mit ihm tragen mögen oder büßen."

53) Edict. Roth. 367 (Walter corp. jur. germ. T. I p. 748): »Tunc necesse est filiis, quamvis minorem virtutem habeant quam pater, aut per sacramentum negare, quod pater eorum non promiserit (jurare) aut certe quod spopondit adimpleant.« Darüber, daß »virtus« hier, ein tüchtiger Anhang, den man zur Fehde aufbieten konnte, bedeute, vergl. Rogge a. a. O. S. 164.

54) Diese Schr. Abth. I S. 269.

55) Lex Alam. t. 27 (Walter I, 207).

56) Namentlich der Sachsenspiegel B. I Art. 18: „Dreierlei Recht behielten die Sachsen wider König Carolus willen, — Das dritte ist, das man kein vrtheil so recht vor dem Reich bey den Sachsen finden mag, wil es der Sachs schelten, vnd zeuget ers an seine rechte hand, vnd an die meiste mennige, vnd widersicht er das vrtheil selbsiebend gegen ander sieben, wer die mehrer mennige hat, der hat das vrteil behalten." Vergl. dazu die Glosse.

Allerdings lag in dem angedeuteten Momente, daß bei dem Eide eine moralische Verschuldung der betreffenden Partei gar nicht in Betracht kam, ein wesentlicher Unterschied desselben vom christlichen Eide. Zwar finden sich freilich einige Spuren der Annahme einer solchen Schuld und darauf sich beziehender strafender Gerechtigkeit [57]); als Regel ist es aber jedenfalls anzusehen, daß beide nur materiell, als Verletzung der äußern Stärke und Macht dessen, welcher Vergeltung zu üben berechtigt erscheint, gefaßt wurde.

Die Aufgabe des Christenthums mußte es daher beim deutschen Volke in dieser Hinsicht seyn, anstatt, wie sonst durch das Ansehen und die Gewalt der Sippe den Gegner überwinden und auf sie und die Bedeutendheit der Gemeinde alles Menschliche und Göttliche zu beziehen, vielmehr Gott allein die Ehre zu geben. Nicht blos von der Ausgleichung des materiellen Nachtheils, welcher durch den Eingriff in die Rechte einer andern Sippe erfolgte, war also nunmehr die Rede. Wie es vielmehr im Christenthume darum sich handelt, alle Macht und Weisheit und Größe Gottes Willen unterzuordnen und nur sein Reich auszubreiten, — so mußte, neben der Bildung der äußeren Erscheinung dieses Gottesreichs, jeder Bruch des Friedens mit einer andern Sippe, mit der Gemeinde, mit Gott, zugleich als eine sittliche Schuld, als freventlicher Eingriff in die von Gott gesetzte und darum auf Erden heilige Ordnung erweckt, die Nothwendigkeit der Ueberwindung eines solchen Friedensbruchs in das Bewußtseyn geführt und lebendig erhalten werden [58]). Während es sonach ehedem vor-

57) So wird z. B. in der angezogenen Stelle bei Tacitus, Germ. cap. 12 der Strafe des Hängens für Verräther und Ueberläufer, der Versenkung in Koth und Schlamm für Feige und die, welche ihren Körper beflecken ließen, erwähnt und in der additio sapient. tit. 12 in leg. Frision. (Walter, T. I p. 374) heißt es: »Qui fanum effregerit et ibi aliquid de sacris tulerit, ducitur ad mare, et in sabulo quod accessus maris operire solet, finduntur aures ejus, et castratur, et immolatur Diis, quorum templa violavit.«

58) Stahl Rechts- und Staatslehre (3. Aufl.), Abth. I §. 54 (S. 165): „Die vergeltende Gerechtigkeit ist ihrem Gedanken nach die Herstellung des Reiches d. i. der Herrlichkeit der sittlichen Macht (Gottes oder bez. des Staats) durch

nämlich auf die Verherrlichung der Sippe, ihrer Macht abgesehen war, auf ihr der Sieg des Verletzten oder Verletzenden beruhte, — so trat jetzt der Gedanke hervor, daß durch den christlichen Glauben die Kraft dargeboten sey, vor dem Angesicht des allwissenden, wahrhaftigen und gerechten Gottes die reine Wahrheit bekunden zu können. Der Eid war sonach jetzt ein auf Gottesfurcht und Gewissenhaftigkeit gegründetes Verstärkungsmittel der Glaubwürdigkeit einer Versicherung in Folge ausdrücklicher, namentlich, in Ansehung des Reinigungseids[59]), auf die heilige Schrift zurückweisender Bestimmungen, wie bereits früher[60]) dargelegt worden ist. Nur in diesem neuern, christlichen Sinne konnte denn auch vom Eide als, wie er noch in späterer Zeit genannt worden, dem „höchsten Glauben" [61]) die Rede seyn.

---

die Vernichtung oder das Leiden dessen, der sich wider sie empört hat. Durch die Uebertretung (Sünde bez. Verbrechen) macht sich der Thäter zu einen Herrn über die Ordnung Gottes, bez. des Staates, er richtet ein anderes, sein eigenes Reich in der sittlichen Welt auf; deßhalb muß die höhere Macht Gottes oder des Staates sich an ihm bewähren, in der äußern Welt wie im Bewußtseyn sowohl der menschlichen Gemeinschaft als des Uebelthäters, sie muß ihn vertilgen, oder sonst ihre Schwere empfinden lassen, seinen Willen bewältigen, indem sie ihm das, was er als Wille will, die Befriedigung, entzieht und was er nicht will, den Schmerz, die Einschränkung, zufügt, damit nur ihr Reich bestehe und kein anderes — das ist die Strafe. Nicht das Gesetz soll durch sie aufrecht erhalten oder wieder hergestellt werden — das wäre unmöglich, seine Uebertretung ist unwiderruflich — sondern seine Herrlichkeit."

59) 2 Mos. 22, 10 u. 11: „Wenn jemand seinen Nächsten einen Esel, oder Ochsen, oder Schaaf, oder irgend ein Vieh zu behalten thut und stirbt ihm, oder wird beschädigt, oder wird ihm weggetrieben, daß es niemand siehet; so soll mans unter ihnen auf einen Eid bei dem Herrn kommen lassen, ob er nicht habe seine Hand an seines Nächsten Habe gelegt; und des Guts Herr solls annehmen, daß jener nicht bezahlen müsse."

60) Diese Schrift Abth. I. S. 28.

61) Ordinat. Adelsperg. de an. 1502 (ap. Besold in docum. Monast. Wurt. p. 64): „Dieweil nun bey allen vnd Jeden vnd von meniglichen für das allertrewist vnd ehrlichst gehalten würdt, so von den Vnterthonen geruembt vnnd gesagt mag werden, das by Jnen gelubt vnd ayd trew vnd glauben vor augen gehabt vnd gehalten werde. Dennoch ist mein Gn. Herr — nit genaigt, leichtlich vmb eine jede sach willen, bey dem Ayde zur gebieten, darmit man solchen höchsten Glauben in Ehren habe, es erforderte dann die Noturfft nach Größe vnd Dapfferkeit des Handels vnd gelegenheit der Persohnen, sonndern die gebott bey geldstraff thuen."

Freilich aber dauerte es lange, bis diese Bedeutung zur Anerkennung kam und stets hat es in den späteren Zeiten Solche gegeben, welche sie verkannt und durch unlautere, d. h. der heiligen Schrift und der kirchlichen Auffassung zuwiderlaufende, Formulirung dem Ansehen des Eides, als eines kräftigen Beweismittels, Eintrag gethan haben [62]).

Zum gehörigen Verständnisse der Auffassung des Eids bei unsern Voreltern gehört vornämlich die Kenntniß der manchfachen Formen, deren sie sich dabei bedienten. Wenn gleich früher über die Formeln des Eids in den verschiedenen Zeiten [63]) in so weit Einiges angeführt worden ist, in wieweit es nach den in der heiligen Schrift und den Confessionen gegebenen Anhaltspuncten zur gehörigen Auffassung des christlichen Eides in den verschiedenen Zeitperioden dienlich erschien, so kann doch die nähere Hervorhebung jener Manchfaltigkeit, soweit sie urkundlich aufbewahrt geblieben ist, insonderheit zur Darlegung der Anwendung des feierlichen, gerichtlichen, Eides zum Unterschiede von der bei minder feierlichen Eiden, Gelübden oder gar nur gelegentlichen Betheuerungen nicht ohne Erheblichkeit seyn. Vor Allem wird aber die Nothwendigkeit der Leistung des feierlichen Eides der Christen erkannt an der veränderten Bedeutung desselben, in besonderer Beziehung auf die Beschaffenheit der Worte, der dabei gebrauchten Symbole, der Feierlichkeit, welche man dabei befolgte, des Orts und der Bestimmung der Zeit, an welchem und zu welcher man sie zu leisten gestattete.

Aus der vorchristlichen Zeit gilt im Allgemeinen die Bemerkung, daß die Heiden sowohl bei einem Gott, „bi himina" [64]) (beim Himmel), als bei mehrern zugleich, insonderheit: beim all-

---

62) Vergl. über die Bestreitung der Zulässigkeit des Eides in der Kirche überhaupt: diese Schr. Abth. I S. 114, 122, 145, 193 fg.; und über die Richtung, wonach der christliche Eid im Grund genommen nur ein moralischer sey, eben daselbst Abth. II Einleitung.

63) In Abth. I dieser Schrift vergl. S. 67, über die alttestamentliche, — S. 92 über die neutestamentliche; — S. 139 über die in der katholischen Kirche üblich gewordene; — und S. 295 über die für die Augsburgischen Glaubensgenossen gesetzlich vorgeschriebene Formel das Einschlagende.

64) nach Ulfilas: „svaran bi himina."

mächtigen Gott (d. h. Odin oder Thor); in Sachsen: bei Thunar, Wodan und dem Sarnot; in Hochdeutschland: bei Duonar und Wuodan, — wovon die Christen den Fluch „Donnerwetter" sich erhielten, — den Eid leisteten [65]).

Was dagegen die Zeit nach Einführung des Christenthums betrifft, so war, wie bereits früher [66]) ausgeführt worden, die Beziehung auf den einigen lebendigen Gott, und nicht mehr, wie ehedem, die Verwünschung seiner selbst, sondern die Anrufung des göttlichen Beistandes das Entscheidende. Dabei standen denn

I. an der Spitze derjenigen Formeln, welche als feierliche betrachtet werden müssen, diejenigen

1. welche die Anrufung des lebendigen, dreieinigen Gottes [67]), mit dem Sinne: zugleich einer Bitte um Hilfe zur Leistung eines „reinen" Schwures [68]) und nebenbei, unter Hinweisung auf den Sitz des Papstes [69]), oder den darauf sich beziehenden Glauben des Schwörenden [70]), enthalten.

---

65) J. Grimm, Rechtsalterth., S. 894 fg. — Vergl. die Eidesformeln: eben das. S. 50 fg.

66) Abth. II. S. 265 fg.

67) du Cange l. cit., Tom. III p. 1608: Consuetud. Barcinon. MSS: »Juramus per Deum vivum —«; p. 1610: Epist. Arsenii Episcop. Hortensis de Ingeltrude: »Juro ego Engeltruda — D. meo Nicolao summo Pontifici et universali Papae, per Patrem, et Filium et Spiritum sanctum et haec quatuor Christi Dei Evangelia, quae ore osculor et manibus propriis tango —.«

68) Vergl. den Schluß der Eidesformeln bei Grimm a. a. O. S. 51: „got, sprach sie, mir so helfe, — anme jüngsten urteile"; ferner: „ich bite mir got helfen so, daz ich immer werde vro, — unt dise guote heiligen."

69) du Cange, l. cit. p. 1616; Charta an. 1068, ap. Fontanin. de Antiquit. Hortae p. 398: »In quo et jurata voce dico per Deum omnipotentem, sanctaeque sedis apostolicae et domni nostri —.« Ejusd. glossar. novum T. II (Paris 1766) p. 955; Charta an. 956 ap. Murator. tom. 1 antiq. Ital. med. aev. col. 165: »In quo juratus dico per Deum omnipotentem, sanctaeque sedis apostolicae, seu salutem venerabilis et apostolicae, seu salutem venerabilis et apostolici domni Johannis XII papae —.«

70) du Cange, l. cit., Tom. III p. 1614, Hesso-Scholasticus: »Tunc Rex propria manu sub testimonio fidei Christianae in manu Episcopi et Abbatis firmabit se praefata Capitula sine fraude persecuturum;« — Tabularium Persiacense Ch. 12 ap. Perardum: »Et per illam Professionem quam in baptismo promiserunt, ut veritatem dixissent.«

2. Mit dieser Anrufung regelmäßig in Verbindung gebracht wurde die Beziehung auf gewisse, auf diesen Glauben sich beziehende, Gegenstände, insonderheit Symbole. Dahin gehören, was die heidnische Zeit und Sitte in dieser Hinsicht betrifft: die Anrührung des mit Opferblut gerötheten, einer Gottheit geweihten, Rings, der Erde und des Grases, heiliger Wasser, Brunnen und Flüsse, Berge, Felsen, Steine; bei Frauen das Legen der Hand auf die Brust und den Haarzopf; bei Männern ferner die Berührung des Gewands, Stabes des Richters, gewisser Thiere, wie Eber, Pfauen, Schwäne [71]. Aus der christlichen Zeit ist in dieser Hinsicht zu erwähnen:

a. Die Leistung des Eides auf die Evangelien [72]), wobei es, wie schon früher [73]) erwähnt, bemerkenswerth ist, daß die Geistlichen, der Regel [74]) nach, ohne Berührung derselben — im Gegensatz zu den Laien — die Handlung vornahmen, was auch auf Fürsten Anwendung fand [75]), wenn ihnen nicht, wie es vor-

71) Grimm, Rechtsalterth., S. 895—901.

72) Wie sie gesetzlich vorgeschrieben war, z. B. l. Bajuv. tit. 1 c. 6 §. 2; Edict. Roth., 367 (Walt. I. 748); capit. Caroli M. lib. 1 c. 63; l. 5 cap. 34 de sacerdotis purgatione; l. Longobard. lib. 2 tit. 55 §. 5; so wurde sie unter Anderem bezeugt in einer Urkunde bei: du Cange l. c. Tom. III p. 1610: »Venimus — ad Ecclesiam S. Trinitatis, ibique super textum Evangeliorum extrinsecus de auro fabricatum, et super ipsum altare mihi juravit etc.« Diesem Eid wurde besonderes Gewicht beigelegt, du Cange l. c. p. 1609, Tabular. Eccles. Gratianopolitanae sub Hugone episc. p. 81: »In manu Episcopi gurpisco: quam gurpitionem sicut sacramentum super altare factum timeo«; Tabularium Eleemosynae S. Pauli Viennensis: »Et hoc juravit super altare, ut firmiter teneret.« Chrysostomus bekundete dabei die Sitte, daß vor der Berührung der Evangelien Händewaschung stattgefunden habe, du Cange, l. c. p. 1610. Man legte auch wohl die Evangelien aufs Haupt, ibid.: »Qui Pelagius tenens Evangelia et crucem Domini super caput suum in ambonem descendens, satisfecit cuncto populo et plebi, quia nullum malum peregisset contra Vigilium.«

73) Abth. II S. 143.

74) Es kommt vor, daß ein Bischof gleichwohl unter Berührung der Evangelien den Eid leistete, Acta Alexandri III PP. ap. Baron. an. 1177: »Dehinc 12 Principes Imperii Ecclesiastici, quam seculares tactis sacrosanctis Evangeliis modo simili juraverunt, protinus Romualdus Salernitanus Archiepiscopus surgens per eadem Evangelia juravit —.«

75) du Cange, l. cit. p. 1615, Instrum. an. 1314 to. 2 Hist. Dalphin.

kam, „durch ir erbarkeit" [76]), »pro sua reverentia« [77]) dieser Eid, ähnlich wie dieß auch, nach der Römer Weise schon, beim Flamen dialis [78]) eintrat, erlassen wurde.

---

p. 157: »Primo videlicet praedictus Archiepisc. manum suam sinistram tenens supra pectus suum, ut Praelatus et dextram tenens suam manum in altum, in praesentia Crucis, Evangeliorum et Capitis B. Mauricii promittit, bona fide loco juramenti interposita pro se et successoribus suis in futurum.« Ibid. Matth. Paris an. 1252. »Henricum III. regem Angliae peregrinationem Hierosolymitanum initurum se pollicitum cum sacramento more sacerdotum exhibito.« »Et jurans hoc apposuit manus suam dextram ad pectus suum, more sacerdotis et postea supra Evangelia apposita et osculatus est ea more Laici.« Et eodem anno pag. 580: »Dum autem Rex memoratam sententiam audisset, tenuit manum suam ad pectus suum, sereno vultu voluntario et alacri — dixit ipsi Rex: Sic me Deus adjuvet —.« — An einer andern Stelle wird dagegen zwischen den Eiden, die der Erzbischof, sonstige Geistliche und Laien schwören, unterschieden, »Charta an. 1304 ex Cod. reg. 5186 fol. 12 v°. (bei du Cange l. cit. p. 1627): »Promiserunt videlicet dictus dominus Archiepiscopus in verbo veritatis, decanus et capitulum bona fide in praesentia Evangeliorum, et dictus dominus de Vilars per juramentum suum super sancta Dei Evangelia praestitum —.« — Andere Beispiele der Eidesleistung der Geistlichen finden sich bei Haltaus, l. c. pag. 274 (v. J. 1257), wo einer Urkunde erwähnt wird, nach welcher der Erzbischof von Cöln „int Gegentwördigkeit des Heiligen Evangelien," — ferner der legg. salinar. Luneburg. an. 1399, wonach „de Prelate sine vordere hand up de brost lechte"; — des dipl. Argent. an. 1395, zufolge dessen „ein jeglich Byschof zu Straßburg sweren sol an den heiligen lipliche mit vfgehebter hant vffe sin Hertz"; — Besoldi docum. Monast. Würt. p. 205 de 1497, wonach „die Convent-Herren vnd Brüder — mit zusamen gelegten Henden vf Ir Hertz vnd Brust, nach der Geistlichen Gewonheyt, by Irc Wirden, Trüwe vnd Gehorsamy geredt, gelopt vnd versprochen haben." — Ebenso wird bey Haltaus l. c. p. 275 eines dipl. Wisenburg. an. 1390 gedacht, worin Heintz v. Otterbach bekennt „das, als ich des Richter gewest bin myn — Herrn der Abbt den Eyd geswor̄n hat, vff — in der rechten pfarre S. Peters Kirche zu Odensheim, vnd ich ym den Eyt gab, vnd yn von ym nam."

76) Haltaus l. cit. p. 275: »In pace publica Albertina an. 1301: „Die Prelaten, die Tumherren vnn die Pfaffen die sind dies Eits erlassen durch ir erbarkeit."

77) wie an einer andern Stelle, bei Haltaus, l. cit. in Beziehung auf einen Bischof gesagt wird.

78) A. Gellius lib. 10 c. 15; Festus, s. v. »Jurare«.

b. Beim »Corpus Christi« [79]), »per sacrum incelebratum« [80]). Dahin schlagen denn auch folgende Formen ein, welche aus, dem 14. Jahrhundert angehörigen, Urkunden entliehen sind: »Par la char Dieu; — par la char notre Seigneur; — par le Corps Dieu; — par la couronne Dieu; — par la quoife Dieu; — par la sainte figure de Dieu (la sainte Face); — par la mort Dieu; — per nascentiam Dei; — par le poitron Dieu sanglant; — par le sang Dieu et sa mère; — per plagas Dei [81]); — per dentes Dei; — per Christi sepulcrum; — per caput Dei; — per guttur; — per capillum Dei; — per splendorum Dei, per barbam, coronam, linguam suam; — per Sanctum de Bethlehem [82]).

c. Auf die Reliquien und Gräber der Heiligen [83]),

---

79) Charta fidelitatis Episc. Glascuensis an. 1300 ap. Rimer. T. 2 p. 867 (du Cange, l. c. T. III p. 1615): »Et cest serment avons nous fet sur le cors notre Seigneur et la Croys neyt et la Blake rode (niger virga) de Escoce, en la presence de etc.«

80) Leges Hoeli boni Regis Walliae cap. 7 (du Cange, l. c. p. 1614): »Capellanus faciat eum jurare per Sacrum incelebratum et per altare et reliquias superpositas, quod in tota vita sua nec pretio, nec amore, nec odio falsum scienter faciet judicium.«

81) du Cange, gloss. nov. T. II p. 957.

82) du Cange, gloss. T. III p. 1626.

83) Schon aus frühester Zeit finden sich dafür Zeugnisse bei Augustin, epist. 137; Gregor. Turon. lib. 1. Mirac. cap. 39, 58, 74; lib. 2 c. 19, 39; lib. de gloria confess. c. 33, 93: »Et statim ponens manus super sanctum sepulcrum dixit: Hujus Sancti virtute opprimar, si aliquid falsi loquor.« (du Cange, l. cit. p. 1612, 1613). — Lex Frision. tit. 3 §. 4, tit. 12 §. 1, tit. 14 §. 3; Lex Alemann. tit. 6 §. 7; Capit. Carol. M. lib. 6 cap. 209: »Omne sacramentum in Ecclesia et super Reliquias juretur —. Sic illum Deus adjuvet et illi Sancti, quorum istae reliquiae sunt, ut veritatem dicat.« Der durch Vermehrung der Zahl der angewandten Reliquien getriebene Unfug, wie er z. B. in der Stelle bei Eginhard an. 757 de Tassilone (du Cange l. c. p. 1611): »Fidelitatemque tam ipsi regi Pipino quam filiis ejus Karolo et Karolomanno jurejurando super Corpus S. Dionysii promisit. Sed non solum ibi, verum etiam super corpus S. Martini et S. Germani simili sacramento fidem — diebus vitae suae servaturum est pollicitus,« — sich herausstellt; — vergl. auch Annales Francor. Bertiniani a. 757 (du Cange l. c. p. 1612): »Sacramenta juravit multa et innumerabilia, reliquiis sanctorum Mar-

deren Berührung, nach der Vermuthung Einiger, das, freilich schon früher vorkommende [84]) Erheben der Hände beim Schwur, weil darin ein »mente comprehendere« liege, erklärt [85]); bei den Namen der Heiligen [86]).

d. Auf das Kreuz und die Dornenkrone [87]), Meßbuch und Kreuz [88]).

---

tyrum manus imponens.« Charta an. 1198 Tom. 1 corp. diplom. p. 123 (du Cange gloss. nov. T. II p. 955): »Comes Palatinus juravit super clavum Domini et super omnes Reliquias in eadem capside contentas« — reizte denn auch schon in älterer Zeit zum Spott über den heiligen Act, wie solcher sich z. B. ausdrückt in dem Vers bei Le Roman de Rou MS (du Cange l. cit. p. 1611), ubi de Sacramento quod Heroldus Guillielmo praestitit: »A Biex ceu souloient dire — Fist assembler un grand Concile; — Tous le corps saintz fist demander, — Et en un lieu touz assembler, — Tout une cuve en fist emplir, etc.« — Insonderheit findet sich das Schwören beim Blute der Heiligen: Lit. remiss. an. 1386 in Reg. 129 (du Cange, gloss. nov. T. II p. 956): »Lequel Symon jura le sanc de Fescamp qu'il despiteroit le lignage«; ferner die Verbindung mehrerer Symbole: Codex reg. 8407 (du Cange l. cit. p. 955): »Ego Comes Fuxensis — sacrosanctis Reliquiis, Eucharistia et Ligno Crucis Dominicae coram positis, super sancta Dei Evangelia manu tacta, libera voluntate juro —.«

84) »Ορκια δειμαίνοντες, ἐσήμηναντο δε χερσιν.« Vid. S. Athanas. in apolog. ad Constantium p. 674, J. B. Hansen de jurejur. vel. cap. 12.

85) Gregor Turon. lib. 1 mirac. cap. 20: »Quidam autem cum ad jurandum in hanc Ecclesiam fuisset ingressus, ubi manus ante altare stans extulit, ut sacramentum mendax proferret etc.« Cap. 33: »Cum elevatis manibus sacramenta proferunt —.« Charta Balduini D. de Comines an. 1213 (du Cange gloss. T. III p. 1612): »Et predicti viri et uxores eorum in Ecclesia S. Petri de Comines existentes, ubi haec acta sunt elevatis manibus versus sanctum Corpus Domini et sanctum altare juraverunt quod etc.«

86) z. B. »Par la teste saint Nicolas« (du Cange gloss. nov. T. II p. 957) »per sanctum Stephanum; per nomen martyris« (Idem gloss. T. III p. 1626).

87) Raimund. de Agiles (du Cange l. c. p. 1607): »Imperatori juravimus super dominicam Crucem et spineam Coronam et multa alia sancta«; auf die »sacra pignora«, ibid.; et p. 1626.

88) Harduin de la Taille in tr. de Duellis p. 43 (du Cange l. c. p. 1607): »Jurare super librum Missalem et Crucem.«

e. Der Eid bei den Eigenschaften Gottes („virtutes Dei") [89]) deutet, in seiner abstracten Fassung, auf spätere Formen.

f. Der Eid bei dem Stabe des Bischofs [90]), so wie auf den Orden des schwörenden Mönchs [91]), dagegen weist hin auf das Amt der Geistlichen und den daran sich schließenden Gedanken an die Kirchenzucht.

g. Frühzeitig schon war das bereits [92]) bei Frauen üblich gewordene und gebliebene Schwören mit Auflegen der Hand auf die Brust bekannt [93]), statt dessen auch eine Versicherung mit Handtreu an Eides Statt vorkommt [94]).

Neben den schon aus Anordnungen christlicher Kaiser bekannt gewordenen und in die Volksrechte übergegangenen Symbolen bei den Eidesleistungen bestanden indessen vornämlich in der Zeit des offenen Kampfes christlicher Sitte und heidnischer Anschauungsweise, gar manche Formen fort, welche, wenn sie auch nicht stets ohne Bezug auf christliche Symbole waren, doch lebhaft an das Heidenthum erinnerten und lange Zeit hindurch sich erhielten, wiewohl die Kirche zum Oefteren auf ihre Abschaffung hinzuwirken suchte [95]). Dahin gehören, außer den bereits erwähnten: die Eide auf den Kopf

89) wie er z. B. in Le Roman de Rou MS (du Cange l. cit. p. 1616) vorkommt: „Mout menacent Normanz et les vertus Diu jurent, — Que mors sont et destriut, se el pais j'ascurent".

90) Silvester Giraldus in Topograph. Hiberniae lib. 3 c. 33: „Campanas bajulas, baculosque Sanctorum in superiore parte recurvos — in magna reverentia tam Hiberniae et Scotiae, quam Walliae populus et Clerus habere solent: ita ut sacramenta super haec longe magis, quam super Evangelia et praestare vereantur et pejerare —".

91) Charta an. 1218, bei: du Cange gloss. nov. T. II p. 955: „Sciendum quod ille, qui dictas quadrigas conducet, si sacerdos fuerit, dicet in ordine suo; si laicus, dabit fidem, quod ad corpus abbatiae pertinent res conductae." — Alia Charta an. 1196, ibid.: „Jurabit super ordines suos, si monachus fuerit, vel conversus vel laicus, absque suo consensu furem illum — evasisse."

92) Diese Schrift, Abth. I S. 143.

93) l. Alam. tit. 56 §. 2 (Walt. I. 216): „Tunc liceat illi mulieri jurare per pectus suum et dicat —."

94) Scherz glossar. p. 285, woselbst erwähnt wird, daß im J. 1436 eine Frau, statt des Eides der Uebrigen, bei ihrer „truwe an Eydes statt" sich erklärt habe.

95) Sexta Synod., can. 94, ubi prohibentur „Ὅρκοι ἐθνικοί" et

eines Thieres [96]), auf geweihte Waffen [97]), — wobei es jedoch namentlich nicht an Andeutungen christlicher Gedanken bei diesem Symbole fehlte [98]); mittelst Handschlags [99]); auf Münzen, unter Berücksichtigung des darauf oft befindlichen Kreuzes, des Bildes des Königs; so wie auf Kleidungsstücke; — bei welcher Verschiedenheit die Größe des Streitobjects bestimmend wirkte [1]).

»ἑλληνικοὶ«, apud S. Basilium in epist. ad Amphiloch can. 81 in Synodo Trull. can. 94, vel »ὅρκοι πάτριοι«, ut apud Theophanem an. 2 Justini Thracis, de quibus Scholastes Basil. T. 2 p. 144 (du Cange l. c. p. 1616).

96) Consil. Aurelian. IV can. 16: »Si quis Christianus, ut est gentilium consuetudo, ad caput cujuscunque ferae vel pecudis insuper numinibus paganorum fortasse juraverit —.«

97) Form. 119 ex Lindebrogianis: »Veniens jam dictus ita, adprehensa manu praedicti judicis, vel armis sicut mos est apud omnes —« (du Cange, l. c); insonderheit bei den Quaden (Ammian. lib. 17 p. 107); Sachsen (Fredegar. c. 74 et gesta Dagoberti c. 31; Annales Francor. Fuldenses a. 873); Alemannen (L. Alam. tit. 89); Longobarden (L. Longob. lib. 2 tit. 55 §. 5); Franken: »Utque fidelis ei sit gens armata per arma, — Jurat, jure suo se quoque jure ligat,« Fortunatus lib. 6 poem. 7; L. Ripuar. tit. 33 §. 1 tit. 56; (du Cange l. c.).

98) L. Bajuv. tit. 16 c. 6: »Juret ille taliter et dicat: Ad testem sortitus sum et ad testem me facere volo. Adprehendat manum proximi sui et dicat: Sic vere Deus adjuvet et illum, cujus manum teneo, quod ego ad testem illum inter vos per aurem tractus fui, de ista causa ad veritatem dicendam. Tunc solus juret cum sua manu, postea donet arma sua ad sacrandum, et per ea juret ipsum verbum cum uno Sacramentali —.« — Charta an. 1494 ex Sched. Lancelot.: »Promisitque ipse nobilis Capitaneus sub promissione Capitanei et Militis ad crucem sui ensis dextram ponendo.« (du Cange l. c. p. 1617.)

99) L. Longob. lib. 2 tit. 52 §. 15: »Tunc ipse judex, qui in ipso loco est, faciat jurare homines, quilibet fuerint, — ut dicant veritatem, et si credentes homines fuerint, in manu Comitis sui jurent.« Andr. Suenonis Archiepisc. Lundens. lib. 7 c. 7: »Citatus in jus — debet pro se duos transmittere, qui non sacro libro, sed contactu manuum, utraque scilicet manu manum alterius contingente, testificentur eum, ne veniret, causa legitima praepeditum —.« (du Cange l. c. p. 1618.)

1) L. Frision. tit. 3 §. 4: »Si servus furti reus esse dicatur, dominus ejus in vestimento suo sacramentum illud perficiat«; tit. 12:

Könige schwuren bei ihrer Krone [2]), bei dem Barte, mit Berührung desselben rc. [3]). Es kam endlich vor, daß man auf die Seele des Vaters, beim Haupte des Kaisers, beim eignen oder des Nächsten Namen, Kopf, Heil, bei der Treue seines Herrn, bei allen Völkern rc. den Eid schwur [4]).

§. 2.

Verfahren.

Was die bei der Leistung des Eides eintretende und, je nach der Bedeutendheit des Objects, bald auf ein »sacramentum majus vel minus« [5]) sich beziehende, Feierlichkeit, — wobei die Eidesformel, nach dem bereits früher [6]) Erwähnten, von einem dazu erbetenen (Eidgeber oder Staber) wörtlich vorgestabt [7]), im Uebrigen aber nach dem bereits Ausgeführten verfahren wurde, — und den Ort, an welchem und die Zeit, zu welcher sie stattfand, betrifft, so

---

»Si servus rem magnam quamlibet jurasse dicatur, — dominus ejus in reliquiis Sanctorum pro hac re jurare debet; si vero de minoribus furtis et noxis a servo perpetratis interpellatus, in vestimento vel pecunia jurare poterit«. Ubi Sibrandus a Sicama: »In vestimento jurare existimo, ut jurans oram vestis ejus, cui se purgabat, vel alterius testis, vel sui ipsius adprehendens, solenni juramento se vel servum suum purgaret. In pecunia vero jurabant, ut probato nummo, solido, vel denario, in quo vultus Regis vel Cruce juraret«; (du Cange l. cit. p. 1619).

2) Poema Alex. MS. part. 2 (du Cange gloss. nov. T. II p. 955): »Adonc jura li rois sa couronne et ses Dez — Que telz fu ses ancestres, jamés telz ne verrez«. — Friderici II. apud Sanutum l. 3 part. 11 c. 11; (du Cange gloss. T. III p. 1626).

3) Grimm, Rechtsalterth. S. 899: „Karl zurnete harte, — mit ufgevangenme barte".

4) du Cange, l. c.; p. 1627.

5) So wird wenigstens unterschieden in l. Frision. I, 12 (Walt. I, 353); das erstere wurde auf Reliquien, das letztere »in vestimento« geleistet, l. Frision. III, 5, 6; (Walt. I. 356).

6) Diese Schrift Abth. I S. 293 fg.

7) Haltaus l. c., s. v. »staben, staber«; Scherz gloss. p. 285; Richtsteig d. Landr. 8; Bodmann, rheingau. Alterth. S. 643 fg.

ist, außer dem in dieser Hinsicht bereits früher Mitgetheilten [8]), hier nur zu bemerken, daß es bestimmte Orte gab, wohin vorzugsweise die Eide adrhamirt wurden [9]) und daß jene Feierlichkeit durch diesen Ort mit bestimmt, resp. erhöhet erschien, als es dahin kam, daß das „Heilthum", worauf die Eidesablage geschah, nicht mehr, wie in heidnischer Zeit, auch ein unbewegliches seyn konnte, wie Berge und Felsen ꝛc., vielmehr nunmehr nur ein beweglicher, der in des Schwörenden oder dessen Gegners Besitze sich befand. Jetzt war im Ring, vor Gericht [10]), meist aber, in christlicher Zeit, in der Kirche die Stätte der Vornahme jenes Actes [11]). Wie früher, also blieb fortwährend die Berührung des Gegenstands, des Symbols, resp. die Erhebung der Hand, üblich, nur daß diese im Aufheben der drei Schwurfinger eine Ergänzung fand [12]). In dieser Hinsicht zeigten sich jedoch hin und wieder, schon im 14. Jahrhundert, übertriebene Formalitäten, auf deren Abstellung hingewirkt wurde [13]).

---

8) Diese Schr., Abth. I S. 280; Abth. II S. 420.

9) Marculf. form. II. 38 (Walt. III 308) v.: »in palatio nostro super capella Domni Martini, ubi reliqua sacramenta percurrunt«; append. Marculfi 33 (Walt. III. 359), v.: »Hic juro per hunc loco sancto et Deo altissimo et virtutis sancto illo, unde me ille homo in mallo publico mallabat —«

10) Nibelung. 802, 4. Grimm, a. a. O., S. 903.

11) L. Longob. lib. 2 tit. 55 §. 21; capit. Caroli M. lib. 6 cap. 29; Formula vet. 32 ap. Bignon: »In Basilica Sancti illius ubi plurima sacramenta percurrere videntur.« Form. 3: »Quomodo hoc testimoniaverunt, tam super altarium Sancti illius, in illa capella — ubi reliqua sacramenta soluta sunt, jurati dixerunt —.«

12) Diese Schr. Abth. I S. 140, 279, 294; Abth. II S. 448.

13) Consuetudinem vitiosam, quae Insulae in usu erat antiquavit Johannes Rex Franciae Edicto an. 1350 Tom. II ordin. Reg. Franc. p. 400 (du Cange l. c. T. III p. 1611): »Et ordinatio seu modus procedendi ad dicta Sancta, quod est dictu facile, juramentum fieri solet ab utraque partium sub certis formulis, ac in idiomate extraneis et insuetis, ac difficillimis observari. Super quibus utraque, vel altera partium si quoquomodo defecerit in idiomate, vel in forma, sive fragilitate linguae jurantis sermo labatur, sive manu solito plus elevet, aut in palma pollicem firmiter non teneat, et alia plura frivola et inania circa dictum juramentum tam verbo, quam facto juxta villae praedictae legem con-

Der Ort und die Zeit der Eidesleistung wurde zuvor anberaumt, das Erscheinen angelobt („sacramentum adrhamare“), dafür Bürgen und Pfänder gestellt und zugleich die Benennung der Eidhelfer durch den Kläger bewirkt [14]). Diese Bestimmung der Zeit war, wie schon angeführt, seit Einführung des Christenthums auf die beschränkt, für welche nicht, nach der Ordnung der Kirche, die Sitte bestand, »ut a litibus abstinerent homines et unice sese darent pietati« [15]). Dazu, diese Sitte aufrecht zu erhalten, hatte und gebrauchte die Kirche das Mittel, daß sie in Fällen der Nichtbeachtung der so geschlossenen Zeit, wenigstens der Regel nach, die Verabfolgung der zur Eidesleistung nöthigen Reliquien verweigerte [16]).

Im Uebrigen war das Verfahren, welches eingeschlagen wurde, kurz dieses:

1. Kam es wegen erfolgten Ablebens des Schwurpflichtigen vor dem Tag der Eidesleistung nicht zu derselben, so mußte solche von den Erben geschehen [17]).

---

venientia non observet, causam suam penitus amittit et perdit. Unde colligere potest quibus ceremoniis ejusmodi sacramentum peragebatur.«

14) L. Burgund. 8, 2, 3 (Walt. I, 310); L. Ripuar. 66, 1, 2 (Walt. I, 186); Ed. Roth. 365, 366; Capit. Paderb. 785 c. 32. — Sachsensp. II, 11 §. 1, 2.

15) Rhabani Mauri epist. ad Chorepisc. §. 7: »De illis vero, qui in Quadragesima ante Pascha — juramentum in altari vel in sanctorum reliquiis faciunt, manifestum est, quod injuste agunt, quia divinis mandatis contrarii existunt.« Jus Aug. MS. ap. Schilter in gloss. p. 257: „Es en sol nieman chainen aid sweren vor Gerichte acht tage vor Weihennachten vnd acht tage darnach. Vnd vierzehen tage vor Ostern vntz ze vsgann der Osterwochen, vnd acht tage vor Pfingsten hinz ze vsgann der Pfingstwochen.“ Haltaus, gloss. p. 274.

16) Concil. Burdegal. an. 1255. c. 7: »Reliquiae non tradantur Laicis ad jurandum nisi certis temporibus. Decrevit enim sancta Synodus ut a septuagesima usque ad octavas Paschae, ab adventu Domini usque ad Octavas Epiphaniae, et in jejuniis quatuor temporum, et in Litaniis majoribus, et in Dominicis diebus et in diebus Rogationum, nisi de concordia et pacificatione, nullas super Dei Evangelia jurare praesumat: et in his diebus non debent Sacerdotes reliquias praestare ad jurandum.«

17) Edict. Roth., 367 (Walt. I, 748): »Si contigerit homini post datum fidejussorem de sacramento, et sacramentales nominatos mori, et

2. Erschien der Verklagte in dem Schwörungstermine nicht, so geschah das entweder aus dem Grunde einer eingetretenen Abhaltung durch Krankheit resp. aus einem sonstigen Anlasse, oder ohne solchen. Im ersteren Falle wurde wohl die Sache auf zwölf Nächte ausgesetzt. Erfolgte auch danach die Eidesleistung nicht, oder lag von Haus aus kein gerechter Grund der Abhaltung vor, alsdann galt der Verklagte für geständig (jectivus, adjactivus) [18]. Der gleiche Erfolg trat ein, wenn er zwar erschien, aber zu schwören nicht vermochte [19].

3. Fand sich der Kläger im Termine nicht ein, alsdann wurde der Verklagte frei [20].

§. 3.

Verstärkung des Eides durch Eideshelfer.

Zum Oefteren ist schon im Bisherigen von einer weiteren Bekräftigung des Eides einer Partei, einer weiteren Beglaubigung

---

filios dimiserit; posteaque ille, qui causam quaerit, pulsaverit filios dicendo. Quia quicquid pater per wadiam et fidejussorem obligavit, filii complere debent: tunc necesse est filiis, quamvis minorem virtutem habeant, quam pater, aut per sacramentum negare, quod pater eorum non promiserit, aut certe quod spopondit adimpleant.« Sachsensp. III, 11.

18) Edict. Roth. 366 (Walt. I, 747); l. Burgund. 8, 4 (Walt. I, 310): »Si autem pars de his, quae sacramenta datura erat, ad locum non venerit, usque ad horam sextam diei ipsam expectet pars altera. Quod si ad sextam non venerit, causam absque dilatione absolvat.« Sachsensp. II, 11 §. 1.

19) Edict. Roth. 367 (Walt. I, 748): »Sacramentum tunc intelligitur ruptum, quando praesentibus sacrosanctis Evangeliis, aut armis sacratis, ille qui pulsatur, cum sacramentalibus suis conjunxerit, et non ausus fuerit jurare; et aut ipse, aut aliquis de sacramentalibus ejus se subtraxerit, tunc intelligatur sacramentum ruptum.« L. Ripuar. 67, 4.

20) L. Burgund. 8, 5 (Walt. I, 310): »Quod si ille alius non venerit, ille qui sacramenta praebiturus erat« (Herold. qui sacramentum debet accipere) »discedat indemnis.« L. Ripuar. 67, 3 (Walt. I, 186): »Quod si sacramentum ille, qui prosequitur, non pronuntiaverit, ipse qui placitavit (Her. »placuit«) ante annum revolutum vel septem noctes sacramentum suum coram testibus offerat, et conjurare studeat, et deinde nnocens habeatur.« Edict. Roth. 366 in fin. (Walt. I. 747).

der Richtigkeit desselben die Rede gewesen. Das ließ sich einmal so denken, daß der Schwurpflichtige wiederholt die Wahrheit seiner Behauptung eidlich erhärtete, gleichwie man einem mehrfachen Geständnisse einen erhöheten Glauben beizumessen pflegt. Die noch jetzt mitunter gehörte Versicherung: „Darauf kann ich hundert ꝛc. Eide schwören“ ist denn auch eine Redensart, deren Bedeutung auf die Begründung eines älteren Gebrauchs hinweist, Eide über denselben Gegenstand zum Zwecke derselben Entscheidung zu vervielfältigen. Hauptsächlich scheint sie für den Fall bestanden zu haben, in welchem Eidhelfer nicht aufgebracht werden konnten [21]).

Dann aber kommt vornämlich in Betracht: die bereits erwähnte Zuziehung von Eidhelfern (sacramentales; consacramentales; sacramentarii; juratores; conjuratores; purgatores; juramentales) [22]) zum Zweck und aus dem Grund, den Glauben an die Wahrhaftigkeit der eidlichen Versicherung der Partei zu bestärken. An sich zwar trägt, wie aus der früheren Ausführung erhellt, der Eid in seiner wahren Bedeutung die Fähigkeit in sich, selbstständig vollen Glauben im Gegner des Schwörenden zu erwecken und es hätte daher, zumal mit Rücksicht auf die bei Christen zu unterstellende Gewissenhaftigkeit und Gottesfurcht, die Zulässigkeit von Eiden weiterer Personen in Beziehung auf denselben Gegenstand nicht bedurft. Daß man gleichwohl diese letzteren auch nach Einführung des Christenthums beibehielt, ja für nöthig erachtete, er-

---

21) du Cange, l. c. T. III p. 1609. (Consuetudines Arkenses an. 1231 in Tabulario S. Bertini): »Si aliquis furto fuerit impetitus, prima vice proprio juramento et aliorum 4 legitimorum hominum juramentis poterit se purgare, et sic liber erit ab illo furto, quod tunc ei imponatur. Quod si auxilium habere non poterit ad jurandum, hoc primo jurabit, et deinde quinquies jurando propria manu se purgabit secunda vice impetitus, novem juramentis praedicto modo exhibitis se purgabit.« Charta Ingelranni Codiciaciensis Dom. an. 1233 pro libertatibus villae de la Beuvriere, art. 1: »Ille vero per se et sex alios jurejurando, si sanguis effluxerit, se purgabit, tria juramenta persolvet. Infra art. 20: »Si terra calumniatur, quae per annuum et diem testibus 2 scabinis libere habita fuerit, non exinde respondebitur. Si testes defuerint, qui tenet, septem faciet juramenta.«

22) L. Burg. 45; Ueberschr. d. L. Frision. X; (du Cange l. cit. T. III p. 1599).

klärt sich aus dem noch lange nachher vielfach bei den deutschen Völkern hervorgetretenen, zum Theil noch heidnischen, Wesen, womit die Erfassung einer tiefern Bedeutung des Eides nicht vereinbar war. Dies mußte auf die Beibehaltung derjenigen Verstärkung desselben, welche man bis dahin im Eide der Eideshelfer gefunden hatte, hinführen. So wäre man denn zu der Annahme berechtigt, daß die letzteren nicht den Gegenstand des Streits, die Sache selbst, sondern nur ihre Ueberzeugung beschworen hätten, daß Derjenige, welchem sie unterstützend zur Seite standen, eines falschen Eides nicht fähig sey. Und daß dieß in der That die Bedeutung des Eidhelfer-Eides gewesen sey, geht aus den darüber vorhandenen historischen Nachweisungen hervor. War also z. B. ein Streit darüber, daß der Verklagte eine Nachlassenschaft herausgeben solle, derselbe nahm sie aber als die ihm zustehende in Anspruch und unterstützte seinen Eid durch den der Eideshelfer, so hieß es: »Similiter venientes testes sui per singula jurati dixerunt, quicquid iste de hac causa juravit, verum et idoneum sacramentum exinde juravit« [23]). Hiernach wäre so-

---

23) Form. Sirmond. 41 (Walt. III, 396). Vergl. auch Form. ad Liutprand. legg. II. 8 (Walt. I, 760); Sachsenspiegel, III, 2, 3: „Wenn aber der Mann besatzt wird, so muss der kleger allererst auff ihn schweren, das er der that schüldig sey, darumb er geechtet sey, das ihm Gott also helffe, vnd die Heiligen. Darnach sollen schweren seine gezeugen, das sein eidt rein sey, vnd nit meineidig." — Alexand. III. in append. ad concil. Lateran. part. 80, 21; Innoc. III. PP. lib. 16 epist. 158; Gregor. IX lib. 5 tit. 34 c. 9, 3, 16. Hugo Flaviniacens. in Chronic. an. 1101: »Tusculanus episcopus — purgationem Eduensis suscepit, Lugdunensis prosequente, et juramentum ejus ita confirmante: Credo Norgaudum istum episcopum Eduensem vera jurasse; Cabilonensi quoque in id consentiente et idem jurante.« — Jura et consuetudines Norman. c. 125: »Secundus autem jurabit sic: De sacramento quod N. fecit, salvum fecit juramentum, sic Deus me adjuvet et sacrosancta —.« Stephan. de Cerviciano, ex Regesto Carcasson. f. 14 ex camera comput. Paris.: »Ad majorem horum omnium et perpetuam firmitatem juratos conjuratores fidejussores dono, videlicet Pontium de Olargo —. Ego itaque praedictus Pontius — credo, quod praefatus Stephanus de Cerviciano ex corde abjuret omnem sectam et omnem haeresin et amplectatur ex animo et confiteatur unitatem et fidem S. Rom. Ecclesiae;« du Cange l. c. T. III p. 1602.

nach der Eid der Mitschwörenden zum Unterschied vom Zeugeneide, ein Glaubenseid [24]) und zwar lediglich ein Mittel, zur Verstärkung des Beweises, nicht aber, wie dem gegenüber geltend gemacht worden ist, ein Entscheidungsmittel, mithin ein Wahrheitseid gewesen [25]).

Die Grundsätze, welche in Beziehung auf den Consacramentalen-Eid galten [25a]), waren kürzlich folgende:

1. Wenn gleich derselbe auf der Besorgniß der Begehung eines Meineides beruhete, so wurde doch bei dem Gedanken festgehalten, man dürfe eine solche Gesinnung, wonach Jemand vor Gott und den Heiligen die Wahrheit verleugnen werde, nicht unterstellen. Daher gab es denn auch einen Eid „sola manu" [26]), welcher einmal die geringere Bedeutung des Streitobjects, — wie sich aus der gleich zu erwähnenden Steigerung der Zahl der Eidhelfer bei größerer Erheblichkeit jenes ergibt, — dann aber auch die unzweifelhafte Glaubwürdigkeit des Schwörenden selbst voraussetzte, so daß mit Zuversicht erwartet werden durfte, er werde rein und nicht mein schwören [27]). Der Landfrieden vom J. 1395 be-

---

24) So schwören im Liede Axel und Waldburg (bei Grimm, Dänische Heldenlieder, Heidelb. 1811, Nr. 88, S. 372) die Gildischen Grafen mit Axel, daß er seine Braut nicht geküßt habe. — Grupen teutsch. Alterth. S. 78; Hauschild, teutsch. Gerichtsverf. S. 55; Kopp, Gerichtsverf. in Hessen, Th. I §. 387, nach welchem die Zeugen (Eidhelfer) „eben nicht nöthig hatten, die Wahrheit der Sache zu beschwören, sondern genug war, wenn sie nur über deren Glaubwürdigkeit schworen, wasmaßen sie nämlich dafür hielten und glaubten, daß die Sache angegebenermaßen sich verhalte, oder daß der Eid der mitschwörenden Partei, ihrer festen Meinung nach, wahr und nicht falsch sey, und wonach diese Art des Beweises, wie bei allen Völkern teutschen Ursprungs, also auch in Hessen sehr gewöhnlich gewesen sey".

25) Vergl. über die bisher erwähnten, einander entgegenstehenden, Bedeutungen des Compurgatoren-Eids: Abth. I S. 264 fg. dieser Schrift.

25a) Walter, Rechtsgesch. §. 614 fg.

26) Addit. ad l. Fris. §. 49; Capit. Carol. M. l. 3 (du Cange l. c. T. III p. 1599, 1603, 1627).

27) In dipl. MS. Principum Misniae an. 1369: „Ist abir er eyn vorlumunt man so sal er selbe sybind vnvorlumunt luten davon komen — mochte er abir der nicht gehaben dy im zcu syme rechten hülffen, so sal man zcu im griffen. Westphäl. Gerichtsordn. in Hahn Monum. T. II p. 643: „Sunst mag ein Schöffe (schöffenbar Freier) sein Vnschulde mit siner eygin hant entgan, vnd In darff kein Hilffe dartzu thon". Ibid.: „hey engat mit siner eygin hand,

schränkte dieß Recht für den Fall, daß Derjenige, welcher beweisen wollte, er habe seinem Feinde zur rechten Zeit die Fehde verkündigt, dieses nicht nur selbst, sondern auch mit seinem Schreiber und Boten, nebst zweien Zeugen, oder, wenn er deren nicht habhaft werden konnte, mit vier andern Eidhelfern, also selbfünf beschwören mußte.

2. War diese Unterstellung nicht begründet, oder bediente sich die zum Eide berechtigte Partei dieser Befugniß nicht, alsdann kam es zur Prüfung ihrer Befähigung zu diesem Ehrenamte. Unverläumdeter, untadeliger Lebenswandel war im Allgemeinen das nächste Erforderniß. Die Eidhelfer müssen, wie es in den älteren Urkunden heißt, »viri boni, legitimi 5 legales«, »integrae vitae homines« seyn [28]. „Wer erlos vnd eydeloß, der mag darnach niemand seines rechten gehelffen" [29]. Daneben mußten sie Freie, aber nicht nothwendig Besitzer ächten Eigenthumes seyn [30]. Die sorgsame Prüfung dieser Eigenschaften lag dem Richter als besondere Pflicht ob [31].

---

vnd bedarff nyemandts zu Hilff." Haltaus l. c. p. 281. Kopp, geistl. und Civilger. in Hessen, Th. I §. 362: „wer nicht auf handhafter That ergriffen oder beschrieen wurde, konnte eine obgleich an sich erweisliche That mit seinem alleinigen Eid ableugnen und, wann schon der Kläger die besten Zeugen hatte, wurde derselbe dennoch damit nicht gehört, sondern zum Eid gelassen." Das Kaiserrecht P. I cap. 41 p. 41 (Senkenberg corp. jur. germ. T. I) wollte dieß bei eidlicher Ableugnung einer Missethat durch einen sonst unbescholtenen Mann abschaffen, es wäre denn „do nicht gezeugn sind", und wann „dy warheyt nymant enweyß". Es hatte das aber keinen Erfolg.

28) Scherz, l. c. p. 284 (s. v. Eidhülfe).

29) ut est in dipl. Gengenbac. an. 1414 in Wenker, tr. de Pfalburg. p. 142. Haltaus, l. c. p. 281. Wer einmal falsch geschworen hatte, wurde nie mehr für sich oder Andere zum Eide zugelassen. Capit. eccles. 789 c. 63; capit. excerpt. 802 c. 39.

30) Capit. Worm. 829 cap. pro leg. hab. c. 6: »De liberis hominibus qui proprium non habent, sed in terra Dominica resident, ut propter res alterius ad testimonium non recipiantur. Conjuratores tamen aliorum hominum esse possunt, quia liberi sunt. Illi vero, qui et proprium habent et tamen in terra dominica resident, propter hoc non abjiciantur quia in terra dominica resident; sed propter hoc ad testimonium recipiantur quia proprium habent.«

31) Notitia an. 818 ap. Perardum, p. 36: »Ante ipsos Missos duo-

3. In Ansehung der Wahl der Eidhelfer galt die Regel, daß sie zum Theil auch vom Kläger, also nicht allein vom Verklagten gewählt wurden. Die des Verklagten hießen »advocati«, auch »electi«, die des Klägers »nominati vel denominati«[33]. Das Verhältniß der Zahl der Gewählten war ein gleichmäßiges, gewöhnlich das der Hälfte zur Hälfte[34]; die Wahl des Klägers bezog sich auf die Blutsverwandten (»medii electi«), die des Verklagten dagegen war nicht in dieser Weise beschränkt[35]. Ein rechtmäßiger Grund wider die Zuverlässigkeit des Bezeichneten hatte dessen Verwerfung zur Folge[36].

4. Der Nexus, in welchem der Eidhelfer zu Demjenigen stehen mußte, welcher die Eidhilfe von ihm begehrte (»eum in sacramentum misit, deducit«)[37], war, mit Rücksicht auf das nähere Verhältniß und die dadurch begründete genaue Bekanntschaft mit der Persönlichkeit des Schwörenden, vor Allem der der Blutsverwandtschaft[38]. Die Wichtigkeit des Erfolgs der Leistung oder Weigerung der Eideshilfe für den Schwörenden machte denn auch solche zu einer Obliegenheit jener[39], und zwar unter der

---

decim testimonia ibi praesentavit, his nominibus — ipsi testimonia diligenter discussi fuerunt et super ipso altario manus positas jurati dixerunt —;« du Cange l. c. T. III p. 1600.

32) L. Alam. 30 (Walt. I. 208).

33) L. Alaman. tit 53: »Et cum 12 sacramentalibus juret, cum 5 nominatis, et 7 advocatis«; tit. 24, 28: »Cum 12 nominatis juret et aliis tantis advocatis;« tit. 89; l. Bajuv. 1, tit. 6 §. 2: »Tunc debet homo, qui causam requirit tres electos denominare et ex denominatis tribus licentiam habet excusator rejicere duos, tertium vero non licet rejicere.«

34) L. Bajuv. 7, 15; Edict. Roth. 365, 367.

35) L. Sal. nov. 2, 5.

36) L. Longob. lib. II tit. 21 §. 9; (du Cange l. c. T. III p. 1601).

37) L. Longob. lib. I tit. 33 §. 1; Leg. Luitprand. tit. 68 (du Cange l. c. T. III. p. 1625).

38) L. Burg. 8, 1; Marculf. append. 5.

39) L. Bajuv. 7, 15 (Walt. I. 265): »Si quis liber postquam sponsaverit alicujus filiam liberam legitime, sicut lex est, et eam dimiserit, et contra legem aliam duxerit, — componat — et cum 12 sacramentalibus juret de suo genere nominatis, ut non per invidiam parentum ejus nec per ullum crimen dimisisset —«; l. Burgund. 8, 1: »Si

hin und wieder aufgestellten, bemerkenswerthen Voraussetzung der Uebereinstimmung des Geschlechts mit dem der schwörenden Partei, so daß also, wenn die letztere ein Weib war, auch die Eidhelfer weiblichen Geschlechts seyn mußten [40]).

In Ermangelung geeigneter und einer hinreichenden Zahl von Verwandten, kam hiernächst die Verbindung der Standesgenossen, als dasjenige Verhältniß in Betracht, auf den Grund welches die Eideshilfe in Anspruch genommen wurde [41]).

5. Aber auch das Institut der Eideshelfer war nicht im Stand vollständig seinen Zweck zu erreichen, jedes Mißtrauen in die Wahrheit des eidlich bestärkten Verhältnisses zu entfernen. Darum wurde hauptsächlich durch ein Dreifaches die Glaubwürdigkeit der Sacramentalen zu erreichen und zu erhöhen gesucht.

---

ingenuus per suspicionem vocatur in culpam — sacramenta praebeat, et cum uxore et filiis et propinquis sibi 12 juret, si vero uxorem et filios non habuerit (et patrem et matrem habuerit), cum patre aut matre numerum impleat designatum. Quod si nec patrem nec matrem habuerit, cum 12 proximis impleat sacramentum.« Edict. Roth. 365, 367 verb.: »— potestatem habeat ille nominare alium (sacramentalem) de proximis legitimis, aut de naturalibus, aut de gamalibus, id est confabulatis.« Marculf append., 5 (Walt. T. III p. 345) verb.: »— ut apud 12 homines parentes suos, 8 de patre, et 4 de matre, — et si praemortui sunt, apud 12 homines bene francos Salicos — hoc conjurare debeat, quod —«. Sachsensp. III, 32 §. 3—5: „Spricht er (der Herr) aber, das er sein eingeborner eigen mann sey, er behelt ihn auff den Heiligen mit 2 seinen eigenen mannen. Spricht ihn aber ein ander Herr an, gegen den mus er ihn behalten selbsibende seiner freunde, oder sonst wahrhaftiger leute. Mag diser aber selbsibend seine freiheit beweisen (der die seine freunde sein, 3 von seinem vatter, vnd 3 von seiner mutter) er behelt seine freiheit, vnd verlegt jenen alle ihren gezeug." — Vergl. auch Dreyer, Nebenst. S. 49 fg.

40) Leges Hoeli B. Principis Walliae, c. 14: »Si cujus uxor de alio infametur et hoc tamen sit incertum, septima manu mulierum expurget«; c. 17: »Si mulier negat adulterium, det juramentum 50 mulierum —;« (du Cange l. c. T. III p. 1601). — Damit in einigem Widerspruch steht die Angabe Grimms, Rechtsalterth. S. 408: „Frauen sind weder Eideshelfer noch Zeugen; doch wurden wahrscheinlich schon frühe geistliche Frauen und Nonnen zum Zeugniß zugelassen."

41) L. Frision. 1, 7: »Si litus nobilem occiderit — cum 35 juratoribus suae conditionis se excuset.« Henricus Imp. de conventione pacis publicae an. 1051 ap. Goldast.: »Liber, vel persona us serviens

a. Einmal durch die Vermehrung ihrer Zahl. Wenn der Gegenstand des Streits nicht unbedeutend war; alsdann wurde nicht »sola manu sua« vom Verklagten geschworen, sondern es wurden Eidhelfer hinzugezogen, deren Zahl nach der Beschaffenheit jenes Objects größer oder kleiner war[42]) und es hieß alsdann der Eid in jenem Fall ein großer, in diesem ein kleiner[43]). So konnte sich der Eid von dem »unica manu, cum manu proximi« bis zur Zahl von 300 steigern[44]).

In Hessen kamen, außer dem bereits früher[45]) angeführten, Beispiele einer Reinigung zu selbdritte in dem Falle einer Klage über unrechtmäßige Befehdung vor. Es war das eine Ausnahme von der Regel, daß jeder unbescholtene Mann in Sachen, die seine Ehre und Leben betrafen, mit seinem alleinigen Eid ausreichen konnte. Diese Ausnahme verdankte, wie schon (S. 186) angedeutet worden ist, ihren Ursprung dem Landfrieden von 1395, welcher diese Veranstaltung zur Erhaltung öffentlicher Ruhe und Sicherheit traf. Der Landfrieden von 1405 gab dem Kläger das Recht gleich also auf die Klage zu schwören und dadurch jenen Reinigungseid auszuschließen[46]). Ferner werden Beispiele von einem Schwören »septima manu«, welches zu den »usitatioribus sacramentis« gerechnet wird[47]), verschiedentlich erwähnt. So hatten die Bürger von Hofgeismar einst ihr Recht am Reinhardswalde behauptet, wie später, i. J. 1249 ihr Gegner Conrad von Scho-

---

— cum totidem suae comparitatis testibus — se expurget —.« — Vergl. Dreyer vermisch. Abhandl. Th. III S. 1237 fg.

42) L. Bajuv. I, 3 §. 1: »— si negare (furtum) voluerit, secundum qualitatem pecuniae juret in altari de qua Ecclesia furavit. De una saiga solus juret. De duabus saigis, vel tribus et usque ad tremissem cum uno sacramentale juret etc.«; VIII, 2 §. 2—5; IX, 14, 15; XIX, 1, 2; l. Alam. lib. II, 92, 2—4; l. Longob. II, 55, 9; l. Rip. II, XXVIII, XLI, 1, 3; LIV, LXX, 2. 5; LXX, 2, 5; LXXVII; LXXX; Ed. Roth. 364, 368; l. Sax. I, 1—10; II. 3—5, XI, 4.

43) Alamanica Goldasti, p. 24; du Cange l. c. T. III p. 1599.

44) Das Nähere bei: du Cange l. c. p. 1603—1607, Kopp hessische Gerichtsverf. Th. I §. 383 fg.

45) Abth. I, S. 272.

46) Kopp, hess. Gerichtsverf. Th. I §. 392.

47) du Cange l. c. p. 1605.

nenberg in einer Urkunde bekannte, in der es unter Anderem heißt: »abrenuncio dominio meo in omni parte nemoris in Rheinhardeswalde, quam septima manu in reliquiis, Burgenses Geismarienses obtinuerunt secundum antiqui juris terminos ad civitatem Geismariensem pertinere —.« In gleicher Weise hätte das Kloster Haina seine Güter und Eigenbehörigen zu Herboldeshusen im J. 1264 erhalten müssen, wenn ihm nicht schließlich dieser Eid erlassen wäre [48]. In einem weiteren Falle wurde im J. 1312 vom Dorfe Freienseen durch 14 Burgmänner und Schöppen zu Grünberg, dem Herrn von Hanau gegenüber, ihre Freiheit von einer gewissen Abgabe beschworen [49].

b. Sodann legte man den Eidhelfern aus höherem Stande ein größeres Gewicht bei, als dem aus niederem; so daß also der Eid eines Adeligen mehr galt, als der eines Freien, dieser mehr als der eines Litus. Der Grund war, daß man bei solchen günstigern äußern Verhältnissen eine erhöhete Glaubwürdigkeit annehmen zu können glaubte [50]. So reinigte sich z. B. der Freie durch seinen Eid allein, der Ministeriale zu drei, der Wachszinsige zu sieben, der Unfreie zu zwölf [51].

c. Endlich trat im Falle, wo auf die Leistung des Eides ein Ordale gefolgt und darin derjenige, für welchen die Eidhelfer geschworen hatten, besiegt worden war, eine Strafe ein [52].

6. Die Formel, nach welcher die Eidhelfer schwuren, war genau bestimmt und lautete z. B.: »Hic juro per hunc loco sancto et Deo altissimo et virtutis sancto illo, unde me ille

---

48) Kopp, a. a. O. und die Urkunde Nr. 121 (S. 246).

49) Kopp, a. a. O. §. 389 (S. 475). Es heißt in der Urkunde »qui praestito juramenti sacramento sunt confessi, quod predicta villa Freiensehin de jure non teneatur plus servire nobili vero de Hanau nisi singulis annis in 3 maldris avenc.« Senkenberg sel. jur. T. III p. 538.

50) Ueber das Verhältniß dieser verschiedenen Stände zur Zahl der Eidhelfer vergl. L. Fris. I, II.

51) a. 1330 im Sendgericht zu Münster. Kindlinger, Münstersche Beiträge, III Urk. 133.

52) »omnes testes qui se promiserant juraturos, tercenos solidos mulctae nomine absque ulla induciarum praestatione cogantur exsolvere,« heißt es l. Burgund. 45; 80, 2; l. Fris. 10.

homo in mallo publico mallabat, quod etc.« [53]). Damit war ein Zusammenlegen der Hände sämmtlicher Conjuratoren, auf das Symbol, z. B. die Reliquien-Kapsel, verbunden, welche die schwörende Partei mit der eigenen Hand bedeckte [54]). Es scheint, daß ihnen dabei zugleich die Worte durch ein äußeres Zeichen, etwa mittelst eines dabei gebrauchten und mit dergleichen versehenen Stabs versinnlicht wurden [55]). Die Schwörenden richteten sich bei dieser Handlung nach der Sonne hin [56]).

Zweites Kapitel.

§. 4.

Verhältniß des Reinigungs-Eids zum Ordale.

Der andere Weg, auf welchem ein Streittheil den Gegner von der Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache, ja selbst eines Rechtes überzeugen konnte, war der des Ordale, Gottesgerichts, dei judicium, oder der Probe, an deren Ausgang ein Ausspruch der Gottheit über Schuld oder Unschuld, Recht oder Unrecht erkannt wurde [57]) und zwar bestimmt und augenblicklich.

---

53) Marculf. append. 33 (Walt. T. III p. 359): »Insequenter vero post ipso 3 aloarii et 12 conlaudantes juraverunt, et de linguas eorum legibus dixerunt.«

54) L. Alaman. 6, 7 (Walt. I, 202): »Illa sacramenta debent esse jurata, ut illi conjuratores manus suas super capsam ponant, et ille solus, cui causa requiritur, verba tantum dicat, et super omnium manus suam ponat, ut sic illi Deus adjuvet, vel illae reliquiae, ad illas manus, quas comprehensas habet, ut de illa causa unde interpellatus est, culpabilis non sit.«

55) L. Ripuar. 47, 5 (Walt. I. 187): »Si quis pro hereditate vel pro ingenuitate certare coeperit post malo ordine cum 6 in Ecclesia conjuret, et cum 12 ad stappulum Regis in circulo et in hasla, hoc est in ramo, cum verborum contemplatione conjurare studeat.« Ueber die Erklärung dieser Stelle vergl.: Grimm, Rechtsalterth. S. 810; Maßmann im rhein. Museum III, 284.

56) Bodmann, rheingau. Alterth. S. 642.

57) Vergl. über dieselben: Fr. Majer, Geschichte der Ordalien (Jena,

Wie man also bei der Hilfe der Kampfgenossen dem Gegner und der Gemeinde darzuthun hatte, daß man Schutz für sein Recht in der Sippe gefunden habe und auf diesem Weg den Frieden herzustellen die Aufgabe war, so berief sich dagegen die Partei, welche den Gegner nicht in Güte zufrieden stellen, auch die Fehde nicht bestehen, selbst den Eid mit den Genossen nicht leisten wollte, oder konnte, im Ordale auf die Macht der Gottheit und ihren Schutz und begehrte ein sichtbares Zeichen derselben und zwar dahin, daß sie der Vornahme einer gewissen Handlung eine dem regelmäßigen Laufe der Dinge nicht entsprechende Folge geben wolle, daß also z. B. das glühende Eisen nicht brennen, das Wasser den Hineingetauchten nicht ertränken solle rc. Im Gegensatz zum Eide lag mithin hier nicht die Idee der künftigen Vollziehung einer Strafe im Fall der wahrheitswidrigen Versicherung des Schwörenden, sondern vielmehr die einer unmittelbaren und sofortigen göttlichen Entscheidung zum Grunde; vor Allem aber der Gedanke, daß gegen den, welcher darlegen konnte, er stehe im Frieden, im Schutze der Gottheit, durch die dadurch im Gegner bewirkte Furcht vor deren Macht von dem Anspruche, der Klage, befreiet wurde. Die Art und Weise, in welcher die Gunst der Gottheit sich aussprechen konnte, war manchfach. „Einen Mann aus dem Volke, mit welchem Krieg geführt wird, greifen sie", sagt Tacitus [58]), „auf irgend eine Weise auf und lassen ihn dann mit einem aus ihren Landsleuten Ausgewählten in Zweikampf treten; jeden nach Sitte seiner Heimath gewaffnet. Victoria hujus vel illius pro praejudicio accipitur." Auch das Untersinken eines Menschen bei der Quelle zu Upsala galt als Zeichen göttlicher Gunst rc. [59]).

Wie die Grundlage der Ordale der Glauben war, daß die Gottheit die Bitte der Menschen, die Wahrheit zu enthüllen, die

---

1795); Wilda in Ersch u. Gruber (Meier u. Kämtz) allgem. Encyklop. d. Wissenschaften rc. Th. IV (J. 1833) s. v. Ordalien (S. 453 fg.); Augusti ü. Ordalien in d. christl. Archäologie X. S. 266; v. Mosheim, Kirchengesch. (übers.) Th. II Hptst. IV §. 3 (S. 247).

58) Germania, cap. 10.

59) Adam. Brem in Lindenbrog. script. (ad Fabric.) p. 61: »Ibi etiam est fons, ubi sacrificia paganorum solent exerceri et homo vivus immergi, qui dum immergitur ratum erit votum populi.«

Verkettung der Begebenheiten zu zeigen, erfüllt werde, so trat damit der weitere in Verbindung, sie lenke insonderheit den Kampf und werde auch dem Schwächeren alsdann den Sieg verleihen, wenn er für Recht und Wahrheit streite. Wohl wurden im Laufe der Zeit die Formen der Gottesurtheile geändert, vervielfältigt; von Anfang an aber war es der unergründlich tiefe Glauben oder Aberglauben der Germanen an die Macht und die Gerechtigkeit der Gottheit, welcher beim Gebrauche dieses Mittels die Wahrheit zu finden, leitete [60]).

Das Wort: „Wann was die Leut nicht sehent, das weis doch Gott der Allmächtig wol. Davon sollen wir Gott getruwen, das er den Kampff nur nach recht scheyde", weist zurück auch auf die heidnische Vorzeit, wie denn auch unter Anderen Aventinus [61]) bezeugt, daß unsere Vorfahren ein größeres Vertrauen, auf die Gottheit als auf sich selbst, mehr Zuversicht auf die göttliche Gerechtigkeit und die Verheißungen derselben, als auf ihren Verstand und ihre Weisheit gesetzt hätten, lieber den Aussprüchen jener, als ihren Meinungen gefolgt seyen [62]).

Dabei dachte man sich dann die bewußtlosen Naturkräfte als mit Willkühr begabte göttliche Wesen [63]), die Wirkung der Probe sonach nicht als nothwendig; auch da nicht, wo sie regelmäßig auf bestimmte Weise erfolgt, vielmehr als der freie, unvermittelte Ausdruck des Willens eines göttlichen Wesens, als die Sprache

---

60) Rogge a. a. O. (S. 204.)

61) Annal. Boic. lib. IV c. 14 n. 27.

62) »Majores nostri,« heißt es a. a. O., »religiosissimi mortales, magis Deo, quam sibi confidebant, plus divinae justitiae, ejus promissis quam suo ingenio aut sapientiae innitebantur; potiusque coelestibus decretis quam suis opinionibus stabant. Officiis omnibus, atque actis supremum numen interesse voluerunt: eaque demum rata haberi, quam divinum auspicium addixisset. Cuncta quasi in theatro superum despectantium in conspectuque Dei Opt. Max. geri statuerunt. Proinde in causis quae nullo humano testimonio comprobari poterant ad coelestia beneficia, ad summam ambiguis maxime criminibus majestatem, quae falli non potest, tanquam ad arbitrum honorarium et judicem omnium confugiebant.«

63) Grimm, Mythologie, S. 353; Mone, Geschichte d. Heidenthums im nördl. Europa, Th. 1 S. 141.

der Gottheit. Die Frage nach dem göttlichen Frieden wurde, nach ihrer Ansicht, in der natürlichen Weise einer friedlichen Aeußerung von Gegenständen gefunden, welche man als die Träger des göttlichen Friedensgeheimnisses verehrte; die heilige Gluth versengte nicht die von ihr berührten Glieder, die heilige Fluth umfing den Körper schützend, nicht das Leben zerstörend, die göttliche Waffe verletzte den Getroffenen nicht[64]. „Wer die Mißhandlung einer schwangern Frau leugnet, der reinige sich auf dem Heiligen mit zwölf Männern oder gehe über neun Eisen, oder wenn er dieser Ordalen keines thun will, so ist ein blosbeinigter Kampf innerhalb drei Tagen zu fechten“ [65]).

Ohne, daß auf die manchfachen Ordale, wie sie nach und nach zur Geltung kamen, hier näher einzugehen ist[66]) genüge es hier nur zu bemerken, daß einige derselben entschiedene Merkmale ihrer Entstehung in der christlichen Zeitperiode nach ihrer äußern Signatur oder innern Bedeutung an sich tragen, wie die s. g. Kreuzesprobe[67]) und das Wasserurtheil, welche durch Karl d. Gr. die Bestimmung erhielt, bei Streitigkeiten über Grenzen, Grundbesitz gebraucht zu werden[68]).

---

64) Amm. Marcell. XIII. 107: »Eductisque mucronibus, quos pro numinibus (Quadi) colunt, juravere etc.«

65) Asegabuch od. Landrecht der Rüstringer (übers. v. Wiarda) B. II §. 23.

66) Vergl. darüber: Mayer, Wilda, a. a. O.

67) Zuerst erwähnt im capitul. v. 782 (von Pipin) c. 17 (Walt. T. II p. 35). Wer beim Stehen mit ausgebreiteten Armen vor einem Kreuze zuerst sie sinken ließ, galt danach für schuldig.

68) Charta divis. imperii a. 806 c. 14 (Walt. II p. 219): »Si causa vel intentio et controversia talis inter partes propter terminos aut confinia regnorum orta fuerit, quae hominum testimonio declarari aut definiri non possit, tunc volumus, ut ad declarationem rei dubiae judicio crucis Dei voluntas et rerum veritas inquiratur, ne unquam pro tali causa cujuslibet generis pugna vel campus ad examinationem judicetur.« So entschied auch unter Karls d. Gr. Regierung in dem Streite zwischen der Bürgerschaft Veronas und dem Bischof und der Geistlichkeit wegen des Wiederaufbau's der Stadtmauer diese Probe. Von jeder Seite wurde ein junger Geistlicher gewählt: »ab introitu Missae usque ad mediam Passionem tantum, quae est secundum Matthaeum pariter starent, ille qui de parte publica datus est, in terram velut exanimis corruit,« Ughelli Italia sacra T. V p. 610. Vetus auctor de benefic. (P. I. c. 99) v.: »Quem

Die Abendmahlsprobe, welche im 6. Jahrhundert noch neben dem damit ähnlichen Ordale des geweiheten Bissens vorkommt [69]) und im 9. noch von den Gottesurtheilen unterschieden ist [70]), wird in der Bedeutung, daß die sie Vollziehenden »pro expurgatione sua corpus et sanguinem Domini nostri Jesu Christi percipiant, quatenus ita inde innocentes se esse ostendant« [71]) im canonischen Rechte in der Reihe von Gottesurtheilen aufgeführt, wie denn allerdings auch bei jenem der Sinn der ist, daß eine alsbaldige Entscheidung der Gottheit verlangt werde, der Verklagte also, welcher im Bewußseyn seiner Schuld gleichwohl das heilige Abendmahl genieße, durch einen plötzlichen Tod werde bestraft werden. Es ist eine noch jetzt im Volke nicht selten gehörte Form der Betheuerung: „Ich will das Abendmahl darauf nehmen."

Wie es gekommen ist, daß ein solches unbedingtes Begehren einer sofortigen göttlichen Entschließung und zwar in einer bestimmt bezeichneten Form die Kirche habe billigen, ja auf ihre festere Gestaltung, Ergänzung und Sanctionirung habe eingehen können? das läßt sich einestheils aus dem, bereits durch den (arrianischen) König der Burgunder, Gundobald, bekundeten Erfahrungs-

---

autem uterque per juramentum suum esse affirmat, inter eos dividatur, aut veritas reperiatur de hoc per aquaticum judicium.«

69) Cancian. barbar. leges antiq. vol. IV p. 301, woselbst des Gesetzes des angelsächs. Königs Kanut gedacht wird, das dahin lautet: »Et si quis amicis destitutum Altaris ministrum accusationibus oneret, qui non habet sacramentales, eat ad offam execratam, et ibi fiat sicuti Deus vult, nisi se per S. Eucharistiam purgare debet. Et si quis sacris initiatum inimicitiae accuset et dicat quod homicidii auctor sit vel consiliarius, purgat se per cognatos suos qui inimicitiam tolerare vel emendare debent. Et si sit cognatis destitutus, purgat se per socios, vel jejunium suscipiat, si audeat, ut eat ad offam execratam, et ibi fiat sicuti Deus judicaverit«.

70) Hincmar, de divortio Lotharii regis (op. ed. Sirmondus Par. 1685) p. 648: »Et si quaerat aliquis, quare etiam nunc (corpus et sanguinem Domini) accipientes indigni non infirmantur vel moriuntur, sicut tunc infirmabantur et moriebantur, accipiat, quod non dixit Apostolus omnes infirmari vel mori, sed multi, inquit, fiunt infirmi et multi moriuntur. Et in primordio ecclesiae necessaria erant corporalia signa, nunc autem vera fides debet sufficere.«

71) c. 23 C. 2 qu. 5. Concil zu Worms v. J. 865 C. 10.

saße, „daß aus Herzenshärtigkeit („pervicatione“) und Streitsucht („cupiditatis instinctu“) der Parteien eine solche Entsittlichung eingerissen sey, ut de rebus incertis sacramenta plerumque offerre non dubitent, et de cognitis jugiter perjurare“ [72]), — anderntheils aus der damit in Verbindung tretenden Scheu vor der Eidesleistung überhaupt, welcher der in Zweifel gezogene richtige Sinn der heil. Schrift zum Grunde liegen mochte, und deren Vertauschung mit dem Ordale, wie man dafür hielt, wenigstens nicht das Seelenheil gefährde [73]); — endlich aber aus der Annahme er-

---

72) Zur Abschaffung dieser »sceleris consuetudo« verordnete er daher: »ut si pars ejus, cui oblatum fuerit jusjurandum, noluerit sacramenta suscipere, sed adversarium suum veritatis fiducia armis dixerit posse convinci, et pars diversa non cesserit, pugnandi licentia non negetur. Ita ut unus de eisdem testibus, qui ad danda convenerant sacramenta, Deo judicante confligat: quoniam justum est ut si quis veritatem rei incunctanter scire se dixerit, et obtulerit sacramentum, pugnare non dubitet. Quod si testis partis ejus, quae obtulerit sacramentum, in eo certamine fuerit superatus, omnes testes, qui se promiserant juraturos, tercenos solidos mulctae nomine, absque ulla induciarum praestatione cogantur exsolvere,« l. Burgund. tit. 45 (Walt. T. I p. 324).

73) Diese Ansicht geht insonderheit aus Burchardi episc. Worm. leges et statuta familiae S. Petr. c. a. 1024 praescripta (Walt. T. III p. 775) hervor, c. 19: »Habuerunt et hoc in consuetudine: si quis alteri pecuniam suam praestiterat, redderet quantum voluisset et quod noluisset cum juramento negaret: sed ut declinentur perjuria constituimus: si ille, qui pecuniam suam praestiterat, juramentum ejus pati noluerit, ipse contra eum duello pugnaturus negatam pecuniam acquirat, si voluerit: si autem tam digna persona est, qui pugnari cum eo pro tanta re dedignetur, vicarium suum ponat«. c. 31: »Si quis ex familia contenderit cum suo socio de una qualibet re sive de agris, sive de vineis, sive de mancipiis, sive de pecunia; si potest de utraque parte cum testimonio utrorumque, sine juramento discerni laudamus: sin autem ut devitentur perjuria, volumus ut ex utraque parte ostendantur illorum testimonia et ita collaudent testes quasi gratum habeant: et ex supradictis duobus testimoniis duo eligantur ad pugnam et cum duello litem decernant, et cujus campio ceciderit, perdat, et ejus testimonium talia patiatur propter falsum testimonium quasi ratum haberet.« c. 32: »— et si ab aliquo de aliqua re inculpatus fuerit non se expurget juramento, sed aut duello, aut bullienti aqua, aut ferventi ferro.« — In Ernesti AEpisc. Prag. Statutis an. 131.: »Nam licet jus permittat hujusmodi perhorrescentiam probari posse juramento, quae probatio inter caeteras est fragilior, non tamen

klären, daß Gott und die Heiligen alsdann, wenn sich mit der Bitte um Beistand und Schutz an sie gewendet sey, die Wahrheit durch ein alsbaldiges Wunder offenbaren würden, wie denn jede auf Reliquien Heiliger oder dem Grabe der Märtyrer abgelegte, aber frevelhafte Betheuerung der Unschuld sogleich bestraft oder widerlegt werde. Indessen war doch schon im 9. Jahrhundert die Kirche thätig, auf die Beseitigung der Ordale hinzuwirken. Denn wenn auch, bemerkte der Papst Nicolaus in einem Briefe an König Karl d. Kahlen, in besonderer Beziehung auf das Kampfordale, geschrieben stehe, daß David und Goliath gekämpft hätten, so sey doch nicht bestimmt, daß das als ein Gesetz gelten müsse, um so weniger »cum hoc et hujusmodi sectantes Deum solummodo tentare videantur« und Jahrhunderte hindurch setzte die Kirche und die weltliche Obrigkeit, insonderheit Kaiser Friedrich II. [74]), — der sie als eine »non tam vera probatio, quam quaedam divinatio, — quae natura non consonans a communi jure deviat et aequitatis rationibus non consentit« bezeichnete — ihren Kampf wider die Vertheidigung Einzelner [75]) und Entgegenstehendes anordnender Provincial-Synoden [76]) fort, in Folge dessen der Gebrauch dieses Beweismittels wenigstens in den geistlichen Gerichten so um sich griff, daß selbst das Volk durch Privilegien dawider sich sicher zu stellen suchte, wie das z. B. in Hessen Seitens der Stadt Stadtbergen im J. 1229 eintrat [77]).

---

prohibetur, quin reus volens contrarium probare propter testes, quorum probatio est fortior juramento, sit meritus admittendus.« Ibid. Cont. III. p. 132, Haltaus l. cit. pag. 277.

74) Constit. Regni Siculi, lib. II tit. 33 bei Canciani, legg. barb. I p. 350.

75) z. B. des Erzbischofs Hincmar v. Rheims († 882), l. cit. T. II p. 557; Augusti a. a. O. S. 260—272.

76) Concil. Tribur. ab a. 895 c. 22; c. 15 C. II q. 5; c. 25 Decreti h. t. (ex Conc. Salegustad. ab a. 1022 c. VII): »Interrogatum est si duo de adulterio accusati fuerint, et ambo negaverint, et orant sibi concedi ut alter illorum utrosque divino purget judicio, si unus in hoc ceciderit ambo rei habeantur.«

77) C. P. Kopp, Nachricht v. d. geistl. u. Civilgerichten in den Hessen-Cass. Landen, Th. I: »Nos Consules et universitas Mons qui dicunt Heresberg ad montem qui dicitur Heresberg Paderburnensis dioecesis nostra

Aus der weiteren Geschichte der Ordalien [78]), ist hier nur noch zu bemerken, daß bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts das Herenbad [79]) sich erhielt und noch im J. 1817 der Fall vorkam, daß Jemand mit einer Mordklage auftrat und sich erbot, sie durch das Schwert zu erweisen [80]).

Wie regelmäßig [81]) der Eid mit Eidhelfer, gleich dem Kampfe, nur für Freie bestimmt war, Unfreie dagegen, denen ein solcher Beweis versagt oder erschwert wurde, zum Gottesurtheil, besonders zur Feuer- und Wasser-Probe gingen [82]), so hielt man auch Frauen, welche auf Kampf angeklagt waren und keinen Kämpfer für sich stellen konnten, für verbunden, ihr Recht durch sonstiges Gottesurtheil darzuthun [83]). Es wurde also diese Beweisführung auch denen gestattet, welchen die zu einer andern rechtlichen Vertheidigung nothwendigen persönlichen Eigenschaften fehlten; damit wurde sonach selbst die völlige Rechtlosigkeit aufgehoben oder doch beschränkt [84]).

Daneben traten die Ordale in wichtigern Fällen und unter der Voraussetzung, daß sie in den Volksrechten für zulässig erachtet wurden, dergestalt mit den übrigen gesetzlichen Beweis-

---

domicilia transtulissemus etc. — Praeterea Archidiaconum de Capitulo majoris Ecclesiae Paderburnensis qui synodo Horchusen praesidere consuevit, in monte et praefata Ecclesia synodo praesidentem tanquam nostrum Archidiaconum admisimus, duobus tamen articulis non de jure sed de benignitate et gratia Archidiaconi et Ecclesiae exceptis; quod nec denarios nec obolos synodales persolvemus; et quod homines inter nos servilis conditionis a Scabinis accusati non in ferro candenti sicut alias consuetum est, sed manu duodecima suam expurgationem praestabunt.“

78) Vergl. darüber: Mayer, Augusti, Wilda a. a. O.

79) Wilda a. a. O. S. 489.

80) Ders. S. 485.

81) Eine Ausnahme bildete der Fall, wo der Freie Eideshelfer nicht finden konnte. Vergl. Wilda a. a. O. S. 472, Not. 82.

82) L. Ripuar. tit. 30 §. 1, 2; l. Fris. tit. 3 §. 4.

83) L. Angl. et Werin. tit. 14.

84) Altfries. Landrecht in d. Anmerk. z. Asegabuch, übers. v. Wiarda, Absch. II §. 10: „man soll ihm helfen durch das Sindrecht“ (d. h. nach der Verordnung des geistlichen Rechts) „durch den Kesselfang oder mit dem geweihten Brode. Das ist Sindrechtes, womit man helfen mag dem Armen, wie den Reichen, den Unedeln sowohl als den Edeln.“

mitteln in Concurrenz, daß dem Kläger nicht selten die Verwerfung der letzteren frei stand, die Sache auf die Entscheidung Gottes ankommen zu lassen, wie z. B. bei der Kampfklage nach sächsischem Landrechte [85]), oder indem er vor Antritt der Abwehrung der Beschuldigung durch Eid und Eidhelfer den Willen aussprach, daß die Sache sogleich auf die letzte Entscheidung Gottes gestellt werden solle [86]). Daraus erhellt, daß eine Vereinbarung der Parteien über die Art der Beweisführung, das Beweismittel, zulässig war, der Kläger also z. B., wenn er die Sache zur Entscheidung Gottes stellen konnte, darauf verzichtete und gegen Erlegung einer Buße die Reinigung durch das gewöhnliche Eidverfahren sich gefallen ließ [87]); umgekehrt aber auch der Verklagte befugt erschien, statt der Vertheidigung wider die Klage durch Eidhelfer, ein Ordale zu veranlassen [88]). Daß diese Fälle nicht selten vorgekommen seyn mögen, läßt sich hiernach annehmen, und macht es, wie schon oben (S. 189) angedeutet worden, klar, daß schon in jenen älteren Zeiten ein Mißtrauen gegen Eid und Eidhelfer und sonach in alle menschliche Gerechtigkeit gesetzt und darum die Entscheidung durch das Gottesgericht vorgezogen wurde. Damit steht denn auch in Verbindung, daß selbst nach beendigter Beweisführung zum Gottesurtheile sich gewendet werden konnte [89]).

---

85) Sachsensp. I, 63; eben so bei dem »mallare ad aeneum«, l. Sal. I. 56 (Walt. I. p. 75).

86) L. Ripuar. tit. 59 §. 4 (Walt. I. 183). Danach konnte derjenige, welcher in einem Rechtsstreite einen Gegenstand in Anspruch nahm, den Schreiber einer als Beweismittel gebrauchten Urkunde verhindern, ihre Aechtheit zu beschwören (»manum Cancellarii de altari trahere«) und ihn zum Kampfe zwingen; l. Burgund. tit. 8 §. 2; tit. 45 (Walt. I. 309, 324).

87) L. Sal. 56: »Si quis ad Inium (aeneum) mallatus fuerit, et forsitan convenerit, ut manum suam redimat, et juratores donet etc.«

88) L. Rothar. c. 9 (Walt. I. 685); l. Fris. tit. 11 c. 3: »Si autem calumniator, aut ille, cui calumnia irrogata est, se solum ad sacramenti mysterium perficiendum protulerit, et dixerit: Ego solus jurare volo, tu, si audes, nega sacramentum meum, et armis mecum contende. Faciant etiam illud, si hoc eis ita placuerit, juret unus, et alius neget, et in campum exeant.«

89) So heißt es wenigstens in der l. Fris. tit. 14 c. 3 (Walt. I. 361): »septem interpellandi sunt, et unus quisque eorum, qui interpellatus est,

Die Gottesurtheile, insonderheit der Zweikampf, kamen namentlich zur Anwendung, wenn es sich um Entscheidung einander gegenüberstehender Eide [90]), sowie um den Beweis der Anschuldigung des falschen Zeugnisses und Meineides [91]) handelte.

Nicht nur zur Entscheidung von Recht und Unrecht bei Rechtsstreitigkeiten war sodann das Gottesurtheil bestimmt; vielmehr vertrat dasselbe mitunter selbst die Stelle der Gesetzgebung. So wurde die Streitfrage: ob elternlose Enkel bei Beerbung der Großeltern mit den noch lebenden Kindern derselben erben sollten, das Repräsentations-Recht derselben also zu Recht bestehe? durch Zweikampf entschieden [92]).

Häufig kam aber auch die Verbindung von Eid und Gottesurtheil vor. Dieses konnte jenem hinzutreten, um zu prüfen, ob der Eid der Wahrheit gemäß geleistet worden sey; es konnte aber auch die Leistung des Eides nur als eine Vorbereitung zum Gottesurtheile angesehen werden [93]), wo dann die Aehnlichkeit

---

sua duodecima juret, et se post sacramentum judicio Dei examinandum, ferventi aqua innocentem ostendat.« Es ist an dieser Stelle von dem Falle die Rede, wo sieben Personen nach der Reihe des Todschlags beschuldigt werden konnten und jeder derselben mit zwölf Eideshelfern schwören mußte. Wenn alle auf diese Weise ihre Unschuld betheuert hatten, mußten sie zur Kesselprobe schreiten, damit es durch das Zeugniß Gottes an den Tag komme, ob der Thäter gleichwohl sich unter den in Anspruch Genommenen befinde.

90) L. Fris. tit. 3, §. 8 (Walt. I. 556): »Si quis in furto deprehensus fuerit, et ab ipso, qui eum deprehendit, furti arguatur, et negaverit, juret uterque solus, et ad examinationem ferventis aquae judicio Dei probandus accedat —.«

91) Capit. pacto l. Sal. addita c. 561 c. 16 (Pertz II. 13).

92) »Rex (Otto) — meliori consilio usus noluit viros nobiles ac senes populi inhoneste tractari, sed magis rem inter gladiatores discerni jussit. Vicit igitur pars, qui filios filiorum computabant inter filios, et firmatum est, ut aequaliter cum paternis hereditatem dividerent, pacto sempiterno.« Hottmann, diss. de controversia successionis regiae inter paternum et fratris praemortui filium. 1581; Mayer a. a. O. S. 176.

93) L. Fris. tit. 14 §. 3 cit. (Walt. I. 361): »Is qui compositionem homicidii quaerit, in reliquias sanctorum juret, se non alium de hac re interpellaturum nisi eos, qui ei homicidii suspecti sunt«, — wo, wie oben (S. 196 Not. 69) erwähnt, von dem Falle es sich handelt, daß Jemand wegen einer Tödtung mehrere Personen zur Reinigung durch ein Ordale veranlaßt hatte.

jenes mit dem römischen Calumnieneide hervortritt und auch also wohl bezeichnet wird [94]). In gleicher Weise mußte in Dänemark derjenige, welcher einen Anderen eines schweren Verbrechens beschuldigte, eidlich erhärten, daß sich der Angeschuldigte entweder dem Ausspruche der Geschworenen (nominati, Neffe) oder der Probe des glühenden Eisens unterwerfen müsse (Zuschwörungs-Eid, „Aasvoren-Eed") [95]). Und eben dahin gehört auch der nach angelsächsischem Rechte üblich gewesene „Voreid", den derjenige, welcher zum Gottesurtheile schritt, vorher darüber ablegte, daß er unschuldig sey [96]), woneben denn auch der Kläger geschworen haben mag [97]). Diesen Eid finden wir auch noch im Sachsenspiegel, wenigstens in Beziehung auf den gerichtlichen Zweikampf [98]).

Führte auch das Gottesurtheil zu keinem Ziel, vermochte man also in anderer Weise die Rechte nicht zur Entscheidung zu bringen, alsdann ließ man den Gegenstand des Streits theilen [99]).

Drittes Kapitel.

§. 5.

Ausbildung des deutschen Vertheidigungs-Eids zum canonischen Reinigungs-Eid.

Die bisher erwähnten Mittel, die Wahrheit durch Eid und Ordale zu erforschen, erfuhren unter dem Einflusse des canonischen

---

94) du Cange s. v. »aqua frigida« (erwähnt einer Urkunde vom J. 1187, worin es heißt): »accusans praestabit juramentum calumniae, quod credit, illum accusatum fore factum, de quo eum accusat fecisse, et exinde accusatus recipiet Judicium aquae frigidae.«

95) Kolderup-Rosenvinge de usu juramenti juxta legg. Daniae antiquas. Hafn. 1815 Part. I p. 50—126.

96) Leg. Aethelst. I. 23: »et nutriat se pane et sale et aqua et oleribus, priusquam illud adire debeat; — et eat ad sacrosanctam eucharistiam illo die, quo ad ordalium abire debet, et juret tunc juramentum illud, quod juxta Jus populi innocens sit criminis, priusquam ad ordalium abeat,« bei Phillips, Gesch. d. angelsächs. Rechts, S. 188 Not. 520. Wilda a. a. O. S. 466.

97) Phillips, a. a. O. u. S. 156 Not. 430; Wilda a. a. O. S. 467.

98) I, 63 §. 4: „Vor dem Richtern solen sie beide gegerwet gan vnde sveren, die ene: dat die scult war si, dar he yne umme beklaget heuet; vnde die andere: dat he vnscyldig, si dat yn got helze to irme kampe."

99) L. Frision. 2, 8, 9; Sachsensp. III, 21 §. 2; Schwabensp. 282.

Rechtes eine weitere Entwickelung. Nur die des Eides kann hier einer kurzen Betrachtung unterliegen.

In Beziehung auf den Eid, wodurch der Verklagte bei den Germanen sich rechtfertigte, den Kläger abwehrte, fand die Kirche bereits einen positiven Anhaltspunkt im alten Testamente. Hier [1]) wird einer göttlichen Anordnung in Beziehung auf den Fall gedacht, wo ein Mann sein Weib im starken Verdacht des Ehebruchs hat, da er aber solches nicht darin ergriffen hat, er dasselbe nicht überführen kann. Zu dem Ende soll er es zum Priester bringen und hier alsdann folgendes Verfahren stattfinden: Der Priester nimmt vom heiligen Wasser in ein Gefäß und thut Staub vom Boden der Wohnung (d. h. der Stiftshütte) in dasselbe; sodann stellt er das Weib vor den Herrn, entblößt ihr Haupt und legt das Rügeopfer auf ihre Hand. Er soll in seiner Hand bitteres verfluchtes Wasser haben und das Weib beschwören und zu ihr sagen: Hat kein Mann dich beschlafen ꝛc., so sollen dir diese bittere verfluchte Wasser nicht schaden; wo du dich aber von deinem Manne verlaufen hast, daß du unrein bist, und hat dich jemand beschlafen außer deinem Manne; so soll der Priester das Weib beschwören mit solchem Fluche: Der Herr setze dich zum Fluch und zum Schwur unter deinem Volke, daß der Herr deine Hüfte schwinden und deinen Bauch schwellen lasse ꝛc. — Und das Weib soll sagen: Amen, Amen. Also soll der Priester diese Flüche auf einen Zettel schreiben und mit dem bitteren Wasser abwaschen und soll dem Weibe von dem bittern verfluchten Wasser zu trinken geben. Und wenn das verfluchte bittere Wasser in sie gegangen ist, soll der Priester von ihrer Hand das Eiferopfer nehmen und zum Speisopfer vor dem Herrn weben und auf dem Altar opfern — und danach dem Weibe das Wasser zu trinken geben. Und wenn sie das Wasser getrunken hat; ist sie unrein und hat sich an ihrem Manne versündigt: so wird das verfluchte Wasser in sie gehen und ihr bitter seyn, daß ihr der Bauch schwellen und die Hüfte schwinden wird und wird das Weib ein Fluch seyn unter ihrem Volke. Ist aber ein solches Weib nicht verunreinigt, sondern rein, so wirds ihr nicht schaden, daß sie kann schwanger werden.

---

1) 4. Mos. 5, 11—31.

Vergleicht man diese Vorschrift mit dem bisher erwähnten Eide einer- und dem Ordale andererseits, — so erhellt, daß darin die Bedeutung des letzteren nicht enthalten ist, eine sündliche Versuchung Gottes dabei nicht vorliegt; wie denn auch von einer Gefahr für Unschuldige dabei nicht die Rede seyn konnte. Daneben aber waltet auch rücksichtlich der Natur dieses Eides als eines, sittliche Schuld, Sünde, voraussetzenden Reinigungs-Eides, im Gegensatz zum Vertheidigungs-Eide, kein Zweifel, und gerade diesen bereits (S. 170 fg.) angedeuteten Unterschied von der heidnischen Auffassung des Eids, als einer bloßen Abwehr, einer Entfernung der rechtlichen Folge der Klage hervorzuheben und zur Geltung zu bringen, mußte vornämlich die Aufgabe der Kirche seyn. Schon in den Volksrechten tritt denn auch dieser Einfluß der letzteren in diesen Sinn hervor, die Nachweisung der That unter Berufung auf Gottes Allwissenheit, Wahrhaftigkeit und Gerechtigkeit; es wird der Eid ein Betheuerungsmittel der Unschuld, der Vertheidigungs-Eid ein Reinigungs-Eid, der Eid der Mitschwörenden aber in unzweifelhafter Weise ein Glaubenseid. Die Bedeutung jenes ist sonach fortan die eines Sacramentum, „quia in eo illud in oculis fidei pervidetur, quod corporis oculis non conspicitur“ [2]). Man konnte es sich zwar nicht verhehlen, daß zuweilen Meineide stattfanden; doch hielt man die Vermuthung dafür fest, daß vor Gott und den Heiligen die Wahrheit nicht werde verborgen werden, weil derjenige, welcher falsch schwöre „Deum in se vindicem continuo experiatur“, wofür man sich auf Zeugnisse für ein öfteres Vorkommen dieser Folge bezog [3]). Vorbereitet war also die Kirche zu diesem Eide

---

2) Hincmar. de divortio Lotharii et Tethbergae, Interrog. 6. (du Cange, l. c. T. III p. 1599).

3) Augustin. Epist. 137, 75, 78, v.: „elegi aliquid medium, ut certo placito se ambo constringerent, ad locum sanctum se perrecturos, ubi terribiliora opera Dei non sanam cujuscunque conscientiam multo facilius aperirent, et ad confessionem vel poena vel timore compellerent.“ S. Audoenus in vita S. Eligii, lib. 2 cap. 56, 59, 77; Gregor. M. Homil. 32 in Evangel. de Basilica S. Martiniani etc.: „Ad extincta namque eorum Corpora viventes aegri veniunt, et sanantur, perjuri veniunt et a daemoni vexantur; daemoniaci veniunt et liberantur.“ Vita

einmal durch das Wort Gottes, d. h. durch die darin enthaltenen Androhung der Strafe wegen frevelhaften Mißbrauchs des Eides, dann aber auch durch den Glauben an die wunderwirkende Kraft der Reliquien.

Während nun rücksichtlich der weltlichen Gerichte das juristische Bedürfniß der Beibehaltung des Reinigungseides zum Grunde lag, drängte die höhere Rücksicht der Aufrechthaltung des Ansehens der Kirche solche darauf hin, das gleiche Mittel anzuwenden [4]), und die Art und Weise, in welcher vor den geistlichen Gerichten dieses Institut sich ausgebildet hat, war von wesentlichem Einfluß auf die Neugestaltung des Reinigungseides auch bei den weltlichen Gerichten.

Die Veranlassung und der Beweggrund dazu, dem Eide vor den geistlichen Gerichten eine vorzugsweise Anwendbarkeit zu gestatten, lag darin, daß oft Fälle vorkamen, in denen ein Geistlicher eines Vergehens verdächtig erschien, gleichwohl dessen nicht überführt werden konnte [5]) Es war nun aber ein Grundsatz des canonischen Rechts, daß, zufolge des aus dem römischen Rechte abgeleiteten Anklageprocesses [6]), der Angeschuldigte nur im Falle des Geständnisses oder des vollständigen Beweises verurtheilt werden konnte [7]). Wurde dieser nicht erbracht, dann lag es

---

S. Praejecti n. 20. »Coepit namque divina virtus ad praedictorum Martyrum corpora plurima monstrare miracula, — declarabantur saepius duramenta, reorum solvebantur vincula.« (du Cange l. c. T. III p. 1598). — Gregor. Turon. de miraculis S. Martini I, 31; J. H. Böhmer jus eccl. prot. V, 34 §. 12, 13.

4) Vergl. besonders K. Hildebrand die Purgatio canonica u. vulgaris (München, 1841).

5) c. 6 C. II. q. 5: »Sed ne quid videretur omissum, quod nostro potuisset dubium cordi remanere, ad Petri sacratissimum corpus eum ex abundanti —;« c. 7 C. II q. 5: »— postquam ea, quae de eo dicta fuerant, requirentes in nullo invenimus culpabilem esse, qui insuper ad sacratissimum corpus beati Petri sub jurejurando satisfaciens ab his, quae objecta ejus opinione fuerant se demonstravit alienum etc.«

6) Biener, Beiträge zur Gesch. d. Inquis. Proc. (Leipzig 1827) S. 8; Eichhorn Kirchenrecht, B. II S. 83 fg.

7) c. 5 C. II qu. 1: »Primates non ante sententiam proferant, quam

keineswegs dem Verklagten ob, seine Unschuld darzuthun, sich eidlich zu reinigen [8]). Mit diesem Mangel an Ueberführungsgründen konnte indessen eine fortwährende Ueberzeugung nicht blos der Kirchenobern, sondern auch der Gemeinde, des Volks, in Ansehung der Schuld des Angeschuldigten recht wohl bestehen. Das vertrug sich aber nicht mit der auf einen makellosen Ruf, eine »lucida sacerdotii dignitas« gegründeten Stellung des Geistlichen in der Gemeinde. Das Wort der Schrift: „ein Bischoff soll unsträflich seyn, auch ein gutes Zeugniß haben vor denen, die draußen sind" [9]), wurde vielfältig eingeschärft [10]). Gleichwohl rieth doch Gregor d. Gr. einem Geistlichen (»hoc tuae conscientiae eligimus committendum«), von welchem er »manifesta veritate« erfahren, daß er eine Beischläferin halte, ungeachtet eine „contraria ex quibusdam nata erat suspicio«, deshalb »quia in rebus ambiguis absolutum non debet esse judicium«, nur, sein Amt niederzulegen [11]). Um daher ein Mittel zu haben, die Unschuld oder Schuld des Klerikers an den Tag zu bringen, wurde der Eid schon frühzeitig angewandt. So reinigte sich z. B. der Papst Pelagius (i. J. 555) von dem Verdachte beim Tode seines Vorgängers Vigilius mitgewirkt zu haben (»satisfecit cuncto populo et plebi«) [12]) und ebenso legte Gregor d. Gr. einem Bischof Leo, wiewohl er ein dem letzteren nachtheiliges Gerücht (»sinister rumor«) als grundlos erfunden hatte, zur Beseitigung jedes Zweifels an dessen Unschuld (»ex abundanti«) den Reinigungseid auf [13]) und

---

aut reum ipse se confiteatur, aut per innocentes et canonice examinatos regulariter testes convincatur.«

8) c. 2 C. VI qu. 3: »Accusator, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.«

9) 1. Tim. 3. 2, 7, 10.

10) c. 2, 6 D. 24; c. 4 D. 81 verb.: »In omnibus — quod irreprehensibile est sancta defendit ecclesia;« c. 2 D. 61: »Irreprehensibiles enim esse convenit, quos praeesse necesse est corrigendis.« C. 3 D. 61.

11) c. 7 D. 33.

12) Liber pontific. in Murator. script. rer. Ital. T. III p. 1; 132.

13) c. 6 C. II qu. 5. Mehre Beispiele s. bei Hildebrand, a. a. O. S. 40 fg. — Eide nach dieser Form s.: c. 1 C. 15 qu. 5; c. 2 C. 8 q. 3.

ein späteres Decret Gregors d. J. (II)[14]), sowie ein Concilien-Schluß[15]) bestätigte dessen Zuläſſigkeit. Seine rechtliche Natur wurde ausdrücklich als eine »purgatio« und, im Gegensatz zu den germanischen Reinigungs-Mitteln, die man als »purgationes vulgares« bezeichnete, als »p. canonica« in den Quellen[16]) aufgeführt.

Wiewohl nun in der älteren Kirche von einem Beistand von Eidesgenossen nicht die Rede war, so war doch schon lange vor Karls d. Gr. Zeit derselbe in Uebung[17]) und wurde ihm durch das Concil von Mainz (J. 851) gesetzliche Sanction ertheilt[18]). Die Zahl der Compurgatoren war nach der Zahl der sechs Brüder bestimmt, welche Petrus, als ihm von den Judenchristen zu Jerusalem daraus, daß er mit dem aus den Heiden stammenden Centurio Cornelius Gemeinschaft gepflogen, ein Vorwurf gemacht war, zur Beglaubigung der Thatsache der wunderbaren Bekehrung desselben, in dessen Haus mitgenommen

---

14) l. 5 C. II qu. 5: »Presbyter, vel quilibet sacerdos, si a populo accusatus fuerit et certi non fuerint testes, qui crimini illato approbent veritatem, jusjurandum in medio erit, et illum testem proferat de innocentiae suae puritate, cui nuda et aperta sunt omnia.«

15) conc. Meldense, de 845, can. 70, verb.: »Si — manifeste detegi non voluerint, erga ecclesiam suae opinionis malam famam legaliter purgare conantur« —; can. 68, verb.: »secundum sanctorum patrum statuta se purgare cogatur.«

16) c. 14 C. II qu. 5.

17) Der zu dieser letztern Zeit lebende Benedictiner-Abt Smaragdus in d. Diöcese Verdün, in libro de pressuris eccles. part. 1 (bei Ivo Decret. p. 12 c. 40) erwähnt schon einer Gewohnheit, wonach, unter Zuziehung von Consacramentalen, ein Reinigungseid zugelassen werde, indem er dieß mißbilligend schließlich bemerkt: »Cum enim sacramenta omnibus interdicta sint Christianis, valde perniciosum est, sacerdotes ad haec etiam alios cogere, unde tam se custodire, quam et illos debuerunt arguere.«

18) Pertz, monum. T. III p. 410 c. 8: »Si autem accusatores legitimi fuerint, qui ejus crimina manifestis indiciis probare contenderit, et ipse negaverit, tunc ipse cum sociis ejusdem ordinis sex viris, si valet, a crimine semetipsum expurget. Diaconus vero, si eodem crimine accusatus fuerit, semet ipsum cum tribus examinet.« Cf. c. 12 C. II q. 5 u. c. 2 X. de purg. can. (5, 34).

hatte [19]). Glaubwürdigkeit und guter Ruf, Standesgleichheit und nachbarliches Verhältniß zum Angeklagten, oder doch Kenntniß der Person des Bezüchtigten qualificirten die Eidhelfer [20]).

Um das Bedenken aus der ursprünglichen Form des Eids und der Unerheblichkeit einer Zuziehung von Eidhelfern zu beseitigen, trug dann B. Levita's Capitularien-Sammlung [21]) wesentlich bei. Doch vermochten dadurch die Zweifel über die Zulässigkeit der häufigen Eide der Geistlichen, sowie die Geltendmachung der Nachtheile, welche aus der Annahme der Nothwendigkeit eidlicher Reinigungen für diesen Stand hergeleitet wurden, nicht niedergeschlagen zu werden und sie sind wahrscheinlich die Veranlassung gewesen, daß in einzelnen Concilien v. Worms (J. 868) und Tribur (J. 895) [22]), statt des Eides wie bereits früher erwähnt worden, der Empfang des heil. Abendmahls angeordnet wurde.

Indessen blieb es bei der Annahme der Statthaftigkeit der Reinigung mit Eidhelfern und ausdrückliche Bestimmungen gingen deshalb auch von den späteren Päpsten aus [23]). Vorausgesetzt wurde dabei, daß ein bestimmtes und allgemeines Gerücht dem Geistlichen das Vergehen zur Last lege, oder, daß doch einzelne unverdächtige Personen ihn desselben bezüchtigten [24]); was Beides

---

19) Apostelgesch. 11, 2, 12; der »numerus canonicus« unterschied später zwischen den einzelnen ordines und bestimmte danach die Zahl höher oder niedriger, c. 4 C. 15 q. 7.

20) c. 5 X. de adult. (5. 16): »Cum vicinis 5 presbyteris, quos se nolle pejerare cognoveris;« c. 10, 11 X. de purg. can.

21) lib. I c. 35 (Pertz monum. T. IV p. ult. 48); Hildebrand, a. a. O. S. 60 fg.

22) can. 21: »Manus enim, per quam corpus et sanguis Christi conficitur juramento polluetur? Absit, cum Dominus in evangelio discipulis suis, quorum vicem nos indigni in s. gerimus ecclesia, dicat: Nolite omnino jurare etc.« Hildebrand, a. a. O. S. 70 fg.

23) z. B. Alexander II. (c. 7 C. II. q. 2); Innocenz II. (c. 17 C. II q. 5). Die Formel ist hier angegeben; die der Purgatoren geht dahin: »jurabunt, quod sicut ipsi credunt, verum juravit.«

24) c. 11 X. de simon. (5. 3): »Si vero id manifestum est, nec tamen inde convicti vel confessi fuerint, sed tantum publica laborant infamia, eis canonica purgatio debet indici.« — Concil. Mogunt. (a. 851) can. 8: »si autem accusatores legitimi fuerint, qui ejus (presbyteri mala

zu beurtheilen dem Ermessen des Kirchenobern überlassen wurde[25]). Vornämlich wurde auch in geistlichen Gerichten wider Laien, insonderheit in den Sendgerichten, von diesem Beweismittel Gebrauch gemacht, namentlich in Hessen[26]). Der Eid wurde dann, in Uebereinstimmung mit dem germanischen Reinigungs-Eide, vom Angeschuldigten der Wahrheit, von den Eidhelfern dem Glauben nach[27]), aber, mit der politischen resp. disciplinarischen Rücksicht auf die Nothwendigkeit der Verhütung des Mißtrauens zwischen dem Klerus und dem Volke und der Aufrechthaltung der Auctorität des Kirchenamts, auch dann geleistet, wenn nur die mala fama bestand, die Anklage nicht näher dargethan war.

Die Canonisten, welche seit Gratian über die neuen Compilationen sich verbreiteten, unterschieden die Grundsätze, welche in Beziehung auf die purgatio canonica früher, unter Gregor dem Gr., gegolten hatten, nicht von denjenigen der spätern Zeit[28]) und darauf beruhete vorzugsweise die Veränderung der Natur der älteren in die neuere Bedeutung des Reinigungseids.

Die vorherrschende Bestimmung der purgatio canonica wurde,

---

de se suspicari permittentis) crimina manifestis indiciis probare contenderint;« c. 10, 12, 15, X. de purg. can.; c. 21 X. de accus. (5. 1).

25) Hincmar. (a. 852) op. T. I p. 716: »secundum quantitatem causae atque personae et utilitatem ac sanationem cordium infirmorum aut singulis aut cum aliis duobus testibus aut cum aliis sex testibus seipsum sacramento a mala opinione purget.«

26) K. Ph. Kopp, geistl. u. Civilger. in Hessen Th. I §. 99 (S. 135): „— die Aehnlichkeit zwischen den Send- und weltlichen Gerichten erstreckte sich sogar auch auf die Art zu procediren und es waren in beyden ein- und eben dieselben Beweis- und Reinigungsmittel vorgeschrieben." Es wird sich dabei auf die bereits früher (S. 198) erwähnte, die Stadt Stadtbergen betreffende, Urkunde v. 1229 bezogen, wonach ein Reinigungseid »duodecima manu«, mit Verwerfung des Ordals des glühenden Eisens ausgeschworen wurde.

27) c. 8, 9 X. de purg. can.; can. 17 C. 2 q. 5.

28) So bemerkte die Glosse zu dem oben (S. 206 Not. 13) erwähnten c. 6 C. 2 q. 5, wonach Gregor d. G. einen Bischof, ungeachtet er dessen Unschuld erkannt, gleichwohl »ex abundanti« einen Reinigungseid auferlegt hatte: »Sed quare dicit „ex abundanti"? Dicunt quidam quod ita exilis, id est levis vel modica fuit infamia, quod nec erat necessaria expurgatio. Certe secundum hoc non debuisset facta fuisse inquisitio, quia inquisitio non est facienda nisi ita publica fuit infamia, quod ulterius sine scandalo non

neben der der Wiederherstellung des guten Rufs [29]), nunmehr die, ein gerichtliches Vertheidigungs-Mittel darzubieten. Abgesehen von der Zulässigkeit einer freiwilligen Uebernahme derselben vom Bezüchtigten, war der Richter befugt, den Eid aufzulegen, wenn genügende Gründe vorlagen. Diese bestanden in der publica infamia, grave scandalum und vehemens suspicio [30]). Nicht sowohl die Vermeidung eines öffentlichen Aergernisses, als vielmehr, weil eine Anzeige der Schuld vorlag, war jetzt das Entscheidende. Die purgatio canonica trat sonach in die Reihe derjenigen Beweismittel, von welchen es hieß, daß sie luce meridiana clariores seyen, beruhete aber auf Vermuthungen, welche keineswegs stets eine feste Grundlage darboten. Diese Veränderung in der Auffassung hatte ihre Veranlassung in dem Aufgeben des früher bestandenen strengen Anklage-Princips und der Einführung des Inquisitions-Princips und der Tortur bei den geistlichen Gerichten. Dabei konnte namentlich das Institut der Eidhelfer fortan keine Bedeutung weiter haben; diese selbst fanden in der Auflegung der purgatio canonica einen Grund ihre Hilfe zu verweigern, da diese ja dringenden Verdacht beim Richter voraussetzte, ein solcher aber sie selbst nothwendig bedenklich machen mußte, für des Angeklagten Unschuld aufzutreten [31]). Daneben aber mochten auch die Richter, welche regelmäßig die Kirchen-

---

possit tolerari. Melius dicas, quod iste non tenebatur expurgare se; nam — si per dicta testium nulla esset suspicio contra ipsum, tunc non est onerandus expurgatione.«

29) Hostiensis, summa, rubr. de p. c. §. quid sit p. 1520: »Purgatio canonica est alicujus bonae opinionis ob malam famam sugillatae seu propulsatae ad satisfaciendum credentibus et suspicionem tollendam canonice facta declaratio.«

30) Hostiensis, apparat. in c. 7 X. de purg. can.: »Hoc teneas pro constanti, quod superior semper potest purgationem indicere subdito quum est de aliquo crimine publice infamatus, vel ratione scandali, vel propter vehementem suspicionem, quorum per se sufficit unumquodque.«

31) B. Diaz († 1556) practica crim. p. 472: »— at quod judices temporibus istis rarissime purgationem indicent, — nonnihil — prudentis considerationis habere videtur, si perpendunt — quam difficile hodiernis temporibus compurgatores inveniantur.«

obern des Verklagten waren, alsdann, wenn sie die Bestrafung desselben wünschen mußten, diese Unterstützung durch Eidhelfer nicht gern sehen und derselben entgegen zu wirken nicht selten, ungehöriger Weise sich veranlaßt finden [32]). Dazu kam dann aber noch die durch die Eidesleistung so Vieler vermehrte Besorgniß vor Meineiden [33]). Deshalb machten sich denn auch Stimmen geltend, welche überhaupt die rechtliche Statthaftigkeit dieses Eides nach Civilrecht und sächsischem Rechte insbesondere bestritten [34]).

Daß aber der canonische Reinigungseid allmälig gänzlich außer Gebrauch kam, dazu trug wesentlich der Umstand bei, daß die späteren Juristen mit Erfolg die Ansicht geltend zu machen wußten, schon im römischen Rechte sey der Reinigungseid, namentlich auch im Criminalprocesse für den Fall, daß weniger als halber Beweis geliefert worden sey, bekannt gewesen [35]). Diese Annahme, zu-

---

32) c. 7 X. de purg. can.: »— praecavens«, erinnerte darum Alexander III. einen Bischof, »quod si qui purgando in sua voluerint purgatione assistere, nullam eis malevolentiam vel indignationem ostendas, nec eos aliquo modo impedias, vel ab aliis, quantum in te est, impediri permittas.«

33) Ulrich Tengler, Layenspiegel, Fol. 112: „— und ob sich der Kläger gleichwol nach dem Gebrauch so zu Zeiten in mehrenden gehalten sein Klag mit sieben eiden zu bestetigen erbieten so wäre es doch mißlich solch eid also rauhe mit urtheil zuzulassen wann nachher mancherlei gevärden und beschwärung der gewissen daraus volgen, besonder in peinlichen Sachen über des Menschen Blut oder Leben zu richten sollen die beweisung nit auf gering oder tünckel aid gegründet oder zugelassen werden.“ Daher bemerkte denn auch Brunnemann für seine Zeit: »Et quae jure canon. requiruntur Compurgatores septem qui de credulitate jurent (c. 8 de purg. can.), quod ab usu recessit, excepto casu fractae pacis et in materia feudali.«

34) Setser, de juram. (a. 1608) lib. III cap. 11 n. 33: »Recte tamen monere videtur Wesenb. morem istum jurandi cum compurgatoribus aut sacramentalibus nec olim jure civili receptum fuisse — nec hodie ne quidem in curiis Saxon. usurpari, sed sufficere ipsum principalem, postquam illi impositum est a judice per sententiam, suo se jurejurando purgare.«

35) Wenn man sich dabei auf die Auth. novo jure C. de poen. ind. qui male jud. und l. 3 §. 5 C. de jur. dom. imp. bezog, so ließ sich dadurch der obige Satz nicht begründen, indem jene Stelle auf den Calumnieneid (Nov.

folge welcher das römische und canonische Recht zur Begründung auch dieser Lehre zu vereinigen gesucht wurden, mußte dann zur Identificirung des in beiden enthaltenen, oder doch gefundenen Reinigungseides, der nun als »juramentum purgationis« bezeichnet wurde, führen [36]).

Zweiter Titel.

§. 6.

Der heutige Reinigungs-Eid.

Aus dem Bisherigen ergibt sich der Ursprung und die Entwickelung des Reinigungseides und damit zugleich die Nothwendigkeit der Beschränkung der nicht vorsichtigen Annahme, „daß er eine Erfindung der Geistlichkeit in den barbarischen Zeiten des Mittelalters sey" [37]), auf dessen spätere Gestaltung; und sehr richtig ist deshalb, jener Behauptung gegenüber, gleichzeitig von Hommel [38]) bemerkt worden, daß jener Eid nicht aus dem canonischen Rechte, »sed ex intimis juris Germanici penetralibus« seine Entstehung ableite.

Die Grundsätze, welche in Beziehung auf solchen in Criminalsachen ausgebildet worden waren, erhielten denn auch im Civilverfahren, in der vorliegend in Betracht kommenden Hinsicht wenigstens, Anwendung. Schon im Anfange des 14. Jahrhunderts kommt, wie aus neuerdings veröffentlichten Acten aus dieser Zeit

---

124 c. 1), diese auf das Suppletorium sich bezieht; J. H. Böhmer de usu jur. purg. in crim. §. 1—7 (in Exerc. T. III n. 48 p. 234 seq.). Cf. Setser de juram. lib. III c. 11 n. 26 (p. 373).

36) P. Heigii (a. 1619) quaest. (ed. 2) P. I qu. 40 n. 29 (p. 498): »In jure canonico hujus jurisjurandi et purgationis frequentior mentio incurrit, unde et canonica appellatur. Hinc quidam totum hanc observationem juris canonici esse crediderunt, cum tamen etiam ex jure civili ortum habere constet.« J. A. Beust (a. 1576) lectura in tit. Dig. veteris de jurejurando, p. 43 n. 202: »de hoc juramento purgationis tractat glossa in l. 31 D. (12. 2); — de hoc juramento loquitur etiam totus titulus X. de purg. can.«

37) Wie sich z. B. Danz ord. Prov. (4. Ausg.) §. 362 ausdrückt.

38) Rhaps. T. V obs. 650 (p. 231).

(J. 1311)[39]) erhellt, ein Verfahren nach den durch das canonische Recht modificirten römischrechtlichen Principien vor, in welchem namentlich von einem Losschwören des Verklagten durch Eidhelfer nicht die Rede ist, ungeachtet die Voraussetzungen dazu vorlagen. Der Reinigungseid, welchem die Bedeutung beigelegt wurde, daß dadurch der Verklagte von den gegen ihn streitenden Verdachtsgründen (»a suspicionibus hominis et juris«) sich befreie, fand nunmehr, wie unter Anderen, insonderheit Carpzov[40]) bezeugt, alsdann Statt: »si aliter ad verum deveniri nequeat decisum, justaeque ac urgentes causae, praesumtiones ac indicia hoc suadeant«. Diese veränderte Weise der Begründung, insonderheit die Untersuchung der Beschaffenheit dieser Präsumtionen nach den Grundsätzen des römisches Rechtes, hatte eine nähere Beziehung zu dem Ergänzungseide, bei welchem ebenwohl, wie oben (S. 52, 104) ausgeführt worden ist, die Vermuthungen vorzugsweise in Betracht kommen, zur Folge. Wie also die Voraussetzung des Suppletoriums regelmäßig dann eintrat: »si actor semiplene probaverit«, so wurde dem Verklagten das Purgatorium auferlegt: »si actor reum suspicionibus tantum oneret«, und zwar »hominis aut juris« [41]). Nur jener, nicht auch dieser Eid, welcher vielmehr aus dem canonischen Recht seine Bezeichnung »purgatio« entlehnte, galt als juramentum necessarium [42]).

---

39) A. F. H. Schaumann, die Acten des ersten schriftlichen Processes in Deutschland nach römisch-canonischer Form (Jena. 1847).

40) proc. jur. in for. sax. (ed. 5) tit. 12, art. 3 §. 7 (p. 336); Setser l. cit. n. 6: »Habet locum hoc juramentum purgationis in omnibus causis arduis, — ut quando contra reum sunt aliqua indicia, vel quando contra eum stat semiplena probatio, ita ut definitive non possit condemnari, tunc judex ipsi potest juramentum purgationis deferre et imponere, per quod reus cogitur jurare —. Unde etiam purgationis hoc juramentum dici solet, quia per hoc reus conscientiam suam purgat, et suspiciones, quae contra eum erant, elidit: quia per juramentum purgationis quis se purgat a suspicionibus hominis et juris.«

41) Em. a Rosbach, practica civilis. s. processus judiciar. ad usum et consuetud. judicior. in Germ. (Francof. 1599) Tit. 67 p. 548. Derselbe bezieht sich dabei auf den Tit. X. de purg. canon.; Setser de juram. lib. III cap. 11 (p. 377).

42) Rosbach l. cit. Ueber den Unterschied beider Eide: Corasius in l. 31 D. de jurejur. in pracl. num. 65; Setser l. cit.

Zwar wurde dieser Reinigungseid vorzugsweise in Criminalsachen angewendet, was sich aus der Veranlassung des Gebrauchs in den geistlichen Gerichten erklärte; ja es wurde sogar, gegenüber der aus dem römischen Rechte abgeleiteten Begründung dieses Eides, die Frage zu erörtern nöthig gefunden, ob er überhaupt in Civilsachen zulässig sey [43]. Als Gründe für die Bejahung wurde indessen namentlich hervorgehoben, daß gerade auch in Civilsachen der Reinigungseid von Wichtigkeit sey, indem der Verklagte nicht selten weit bessere Kenntniß vom Sachverhalte habe, als der Kläger, und es in solchem Falle dann gerathener sey, jenem das Purgatorium als diesem das Suppletorium aufzulegen, woneben der Richter auch andere Veranlassung haben könne, jenen diesem vorzuziehen. Seinen häufigen Gebrauch bezeugt Carpzov namentlich in Beziehung auf den Fall, wo es sich um den Beweis der Kenntniß (»scientia«), oder Unkenntniß (»ignorantia«) eines Umstandes, einer Thatsache handelte, wie alsdann, wenn der Käufer einer gestohlenen Sache der letzteren Eigenschaft nicht gekannt hätte, der Besitz einer Sache von Jemanden geläugnet, eine Thatsache in Zweifel gezogen sey, Sachverständige über den Werth oder Beschaffenheit der Sache ihre Meinung gesagt hätten; der in solchen Fällen vorausgehende Eid wurde seiner Natur nach für ein Purgatorium angesehen [44])

Die Grundsätze in Beziehung auf seine juristischen Merkmale aber wurden zwar aus den früher angedeuteten Bestimmungen des canonischen Rechtes abgeleitet, dessen Grenzen jedoch noch überschritten, indem man als Voraussetzungen bezeichnete, nicht blos »indicia contra reum facientia« [45]), oder Diffamation [46]), sondern

---

43) Zur Lösung derselben erging daher in Sachsen die Bestimmung in der Proceßordn. v. 1622 Tit. 32: „daß das juramentum purgationis auch in Bürgerlichen Sachen nachzulassen sey," (Carpzov, proces. tit. XII art. 3 §. III, n. 29) und ebenso wurde in Preußen durch die Mark-Brandenb. Proc. Ordn. Tit. 46 § 1 vorgeschrieben: „das juram. purgationis soll sowohl in civilibus — alsdann erkannt werden, wann Jemand mit großem Verdacht beladen und der Grund der Sachen ander Gestalt nicht zu entdecken wär."

44) Carpzov, l. c. n. 33.

45) Auth. »Novo jure« ad l. 1 C. de poena judicis (7. n. 49); Gaill lib. 1 de P. P. cap. 7. n. 1; Carpzov, const. 22 def. 1.

46) c. 5 C. 2 qu. 5. — Mascard, concl. 755 n. 23.

auch behauptete Unkenntniß [47]) und Unthunlichkeit einer näheren Ermittelung der Wahrheit. Nur dann wurde dieser Eid für unstatthaft erklärt, wenn der betreffende Theil »infamia notatus« war, eine »vehemens praesumtio« wider ihn stritt, oder ein »grave praejudicium« aus der Eidesleistung für den Gegner zu besorgen stand [48]).

Wie sehr durch einen solchen Mangel an festen Anhaltspuncten die Besorgniß vor falschen Eiden zunehmen mußte, wurde schon im Anfange des 17. Jahrhunderts eingesehen [49]); es hatte das aber doch nicht die Folge, daß man bei dessen Auflegung in wichtigern Sachen ihn ausgeschlossen oder doch beschränkt hätte; vielmehr ließ man ihn gerade vorzugsweise und in Gegensatz zu dem Suppletorium in Ehescheidungssachen und causis arduis überhaupt um deswillen zu, weil in diesen Sachen nicht leicht ein juramentum judiciale (deferirter Eid) statthaft sey und ein Ergänzungseid auferlegt werden könne [50]). Daneben war denn, der Natur des Reinigungseides entsprechend, sowohl die Zurückschiebung desselben [51]), als auch der Beweis zur Gewissensvertretung, wenigstens in Sachsen, ausgeschlossen [52]) — wohingegen er außerdem für zulässig erachtet wurde [53]), — und nur die Beseitigung der

---

47) Carpzov, l. c. def. 6.

48) Setser, l. c. n. 23; und die daselbst genannten Schriftsteller.

49) Brunnemann, de processu for. legit. inst., cap. 23 n. 35: »— periculosum est hoc juramentum et ubi metus perjurii, potius reo jam parato ad jurandum remittendum putarem.«

50) Brunnemann, l. c. n. 34; Carpzov, proces. tit. XII. art. 3 §. 5 n. 42. Der obige Satz erhielt für Chursachsen eine gesetzliche Anerkennung in const. 22 part. 1: „Obwohl das juram. purgationis fürnemlichen in — Ehesachen aus richterlichem Amte kan aufferlegt werden."

51) Carpzov, l. cit. n. 65.

52) Carpzov, l. c. n. 70.

53) Mevius, P. IV. dec. 269; Gribener, proces. judic. (a. 1731), lib. I. c. 5. sect. 2 §. 5 not. d; Seyfart, Reichsproc., (J. 1756) Kap. 15 §. 63: „Hiernächst steht demjenigen, welcher das purgatorium schwören soll, allezeit frey, sein Gewissen mit Beweis zu vertreten, weil niemanden die probatio innocentiae abzuschlagen ist und es wird diese Gewissensvertretung mit Beweise gegen das purgatorium bey dem R. K. Gerichte Th. II. Tit. 10 §. 2 und sonst durch ganz Teutschland verstattet, in Chursachsen aber ist sie (verbeff-

Folge der Eidesleistung bei neu aufgefundenen Beweisen gestattet blieb [54]).

Zur möglichen Verhütung eines Meineids wurde denn gerade hier auf die Leistung des Eides in Person und Beschränkung der Vertretung durch Andere nur bei Kurfürsten und andern Fürsten zugelassen [55]) und in manchen Ländern namentlich für Ehesachen eine besonders erhöhete Feierlichkeit bei diesem Acte vorgeschrieben [56]).

Nach diesen Grundsätzen hat sich im Wesentlichen in und außerhalb Sachsen die spätere Praxis ausgebildet; wie das beispielsweise bekunden die Ausführungen bei: Nävius [57]), S. Stryk [58]), Gribener [59]), Seyfart [60]), Knorre [61]), Estor [62]), Schöpff [63]), Schaumburg [64]).

Abgesehen von den weiter gefolgten Schriftstellern faßte hier-

---

Proc. Ord. v. 1725 zu Tit. 32) abgeschafft worden"; Knorre, Anleit. z. gerichtl. Proc. Hauptst. XIII. §. 40; vergl. Danz, ordentl. Proc. §. 363 u. die Note c. Genannten. Overbeck, Medit. B. IX. S. 466. Anders z. B. in Hannover: Hannoversche O. A. G. Ordn. Th. II. Tit. 8. S. 3 §. 16: „Da aber derselbe seine Unschuld durch andere Wege ausführen wollte, soll ihm solches freistehen." Später ist in Hannover der Gewissensvertretungsbeweis wieder abgeschafft, Spangenberg, Com. zur Proceßordn. v. 1827, S. 412; u. allgem. Proc.-Ordn. v. 1850 §. 301.

54) Carpzov, l. c. n. 75.

55) K. G. O. Th. II. Tit. 10 §. Würde 2c.

56) Naevius, de juram. P. III. cap. 10 §. 7; »— addimus, quod in — in causa matrimoniali, tanquam ardua, purgans se a promisso matrimonio coram Consistorio Ecclesiatico, quod Wittenbergae est, flexis coram mensa, atro panno obducta, genubus, ac candelis incensis, foribusque ac fenestris apertis, coram venerabili crucis signo, ac Bibliis propositis jurare teneatur.«

57) l. cit. (Wittenb. a. 1710) P. III. cap. 10 §. 1 seq.

58) (geb. 1648, † 1710, Wittenb.); de cautel. juram. P. III. sect. 3 cap. 6.

59) l. cit. cap. IV. sect. 3 §. 5; cap. V. sect. 2 §. 5.

60) a. a. O.

61) a. a. O. §. 34.

62) gem. u. Reichsproc. (Gieß. J. 1744) Hauptst. XX. §. 571 flg.

63) process. appell. etc. (Stuttg. 1748) cap. XVII. §. 4.

64) princip. prax. lib. I. sect. 1 membr. 3 §. 14.

nächst Malblank[65]) die Resultate der Lehre dahin zusammen: Zwar ist der Reinigungseid durch die Reichsgesetze anerkannt und als tortura spiritualis von den Rechtslehrern bekräftigt; eine genauere Kenntniß des römischen Rechts hat aber zu einen vorsichtigern Gebrauch, als er in früheren Zeiten eintrat, so wie dazu geführt, ihn mehr subsidiär, insonderheit in Civilsachen anzuwenden, nämlich in den Fällen: 1. wenn der Beweispflichtige nicht bis zur Hälfte bewiesen hat; 2. wenn Derjenige, welcher halb bewiesen hat des Meineids verdächtig ist, indem alsdann solchem nicht der Ergänzungseid, sondern seinem Gegner der Reinigungseid auferlegt wird; woraus dann die Folgerung gezogen worden ist, daß, wenn der Jude nicht mehr als halb bewiesen hat, von demselben ebenwohl nicht jener, sondern von seinem Widersacher der Reinigungseid verlangt werde; 3. wenn Der, welcher halb bewiesen hat, nur dem Glauben, der Gegner aber die Wahrheit beschwören kann, indem hier der letztere zum Purgatorium zugelassen wird.

Spätere Rechtslehrer suchten auch hier auf Beseitigung der Idee von einer arithmetischen Theilung des Beweises einzuwirken und wiesen darauf hin, daß es bei der Frage, ob der Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid aufzulegen sey, nur auf die mehr oder mindere Vollständigkeit des Beweises ankomme; so schon Danz[66]) und, mit bestimmterer Formulirung des Unterschieds, Grolman[67]). Martin[68]) und Linde[69]) lassen den Reinigungseid zu, wenn nicht einmal halber Beweis geführt worden und „bei gerade halbem Beweise" die Entscheidung der Frage, ob jener oder der Er-

---

65) doctr. de jurejur. (Altorf. 1781, 1820) lib. IV. § 3.

66) ordentl. Proceß Th. I. Abschn. II. Hauptst. 5 §. 362.

67) Theorie d. gerichtl. Verf. §. 98: „Ist — durch den geführten Beweis nur eine entfernte, jedoch nicht ganz schwache Vermuthung begründet worden, oder kann der, welcher eine dringende Vermuthung für seinen Beweissatz begründet hat, nicht zur Ableistung des Ergänzungseides, aus besonderen Gründen, zugelassen werden, so ist es einem, aus dem Mittelalter abgeleiteten Gebrauche gemäß, von dem, gegen welchen bewiesen wurde, zu verlangen, daß er sich von dem gegen ihn vorhandenen Verdachte eidlich reinige. Diesen Eid nennt man daher den Reinigungseid (juram. purgatorium).

68) bürgerl. Proc. (8. Aufl.) §. 179, S. 299.

69) Civilproc. (6. Aufl.) § 319.

füllungseid statthaben müsse, von der bessern Sachkenntniß, größern Glaubwürdigkeit oder Rechtsbegünstigung des einen oder andern Theils abhängen. Heffter endlich [70]) bezeichnet die Voraussetzungen dieses Eides nicht specieller, bestimmt vielmehr nur die Beantwortung jenes Zweifels nach der Beschaffenheit, der für den einen oder andern Streittheil vorliegenden Beweisgründe so wie nach der Beschaffenheit der Persönlichkeiten beider.

Damit ist denn auch der Standpunct angedeutet worden, welchen neuere Proceßgesetze resp. Entwürfe zu solchen, wie die Badensche Proceßordn. v. 1831 [71]), der Württembergsche Entwurf v. 1847 [72]), so wie die Hannoversche allgemeine Proceßordn. v. 1850 [73]) eingenommen haben.

Sparsam nur sind die Zeugnisse, welche aus der Praxis, insonderheit auch in Hessen, für die Anwendung dieses Eides sich beibringen lassen. Es erklärt sich das vornämlich aus der seit der Einführung der Eideszuschiebung als Beweismittel bei den Gerichten vorzugsweise von diesem gemachten Gebrauche, wodurch der Reinigungseid seltner wurde, so daß verhältnißmäßig wenige Beispiele desselben auf die frühere Bedeutendheit dieses Wahrheits-Erforschungsmittels hinweisen. Namentlich ist der Fall, wo der Schiedseid eventuell zugeschoben wird, Veranlassung nicht blos zu der Frage: ob der letztere der Auflegung des Reinigungseids vorzuziehen? sondern selbst zu dem noch allgemeineren Bedenken: ob überhaupt der letztere mit dem Grundsatze einer solchen eventuellen Eidesdelation noch vereinbar sey? Hat der Kläger seinen Beweis dergestalt unvollständig geführt, daß es zur Auflegung des Ergänzungseides nicht kommen kann, dann muß, so könnte man geneigt seyn anzunehmen, der beweisführende Theil die Anwendung auch des letzten Mittels, welches ihm noch zu Gebote steht, des der Abnahme des deferirten Eides, vom Gegner verlangen können; indem nur bei dieser Annahme der Grundsatz der Eventualmaxime,

---

70) System d. Civilproc. §. 264.

71) §. 635.

72) Art. 913.

73) §. 300. In der von 1847 §. 170 war noch gesagt: „wenn der Beweis nicht ganz verfehlt, gleichwohl nicht bis zur Hälfte geführt ist, ist dem Gegner (des Beweisführers) der Reinigungseid aufzulegen."

in Anwendung auf die Beweisführung, Bedeutung und folgerichtige Ausbildung finde. Es hätte demnach diese Auffassung die Bedeutung, daß es in allen Fällen, in welchen neben andern Beweismitteln auch eventuell der Eid zugeschoben ist, nie zur Auflegung des Reinigungseides kommen dürfte. Da nun, wenigstens in Hessen, erfahrungsgemäß, die eventuelle Eidesdelation in der Regel angewendet zu werden pflegt, so würde daraus die praktische Wichtigkeit jenes Satzes erhellen. — Gegen eine solche Uebergehung des Reinigungseides im Falle des Zusammentreffens anderer Beweismittel mit der eventuellen Eideszuschiebung streitet nun aber das Verhältniß, in welchem der Ergänzungseid und der Reinigungseid in Beziehung auf die Rechte der Parteien nach ihrer geschichtlichen Entstehung zu einander sich befinden. Eben so, wie der beweisführende Theil, im Fall er bis zu einem die Auflegung des Ergänzungseids hinlänglichen Grade bewiesen hat, zu solchem, unter Aussetzung des deferirten Eids, zugelassen zu werden verlangen kann[73a]), muß andererseits auch der Gegner

73a) Die Ehefrau B. verspricht im J. 1808 ihrer Pathin verheir. U. bei deren Verehelichung 300 fl. Nach der Promittentin Tode im J. 1824 klagt U. Namens seiner Ehefrau, gegen B., den Rechtsnachfolger seiner Ehefrau, jene Summe mit Zinsen ein. Der Verklagte behauptet die im J. 1809 erfolgte Zahlung der Summe, welche Kläger bestreitet. Das Untergericht legt dem Verklagten den Beweis der Zahlung auf. Dieser producirt zunächst die von einer Gläubigerin X. der Ehefrau des Klägers (Hausverkäuferin) unterkreuzte Quittung über 300 fl, mit dem Bemerken, daß diese Summe von der Promittentin mit der Zustimmung der Ehefrau des Klägers an jene Gläubigerin ausgezahlt worden sey. Die Unterkreuzung war von einem Mäkler K. bescheinigt und des letzteren Unterschrift aus ihrer Erinnerung von zwei Zeugen anerkannt. Außer dieser Urkunde waren noch verschiedene Zeugen benannt worden. Der eine, Zeuge W., bekundete ein außergerichtliches Geständniß der Promissarin U. dahin, daß sie die 300 fl. von ihrer Base geschenkt bekommen und sie diesen Betrag zur Bezahlung eines Hauses verwendet und zur völligen Bestreitung noch darauf gelegt habe. Zwei andere Zeugen, 4 und 5, deponirten, daß sie der Promittentin B. die 300 fl., welche sie ihrer Pathin schenken zu wollen erklärt, vorgeschossen hätten und der Mäkler K. dasselbe im Auftrage jener empfangen habe. Die Zeugin 3, Wittwe des Mäkler K., endlich sagte aus: Die Promittentin habe ihren verstorbenen Ehemann beauftragt, das Geld von den Zeugen 4 und 5 zu holen und sey sodann, als solcher den Auftrag vollzogen gehabt, mit dem Geld und unter der Erklärung, daß sie jenes ihrer Pathin als Pathengeschenk bringen

des Beweisführers, wenn jener Beweis nicht diesen Grad erreicht hat, unter der sonstigen Voraussetzungen in Beziehung auf die

---

wolle, mit K. weggegangen und als dieser ihr Mann zurückgekommen, habe derselbe geäußert, daß das Geld zur Bezahlung des Kaufgelds verwendet sey. Dazu kam denn noch der vom Kläger selbst producirte Kaufbrief in Beziehung auf den vorerwähnten Hauskauf nebst Quittungen, von denen die eine auf eine Summe von 400 fl., als Berichtigung des Kaufschillings durch U., sich bezog. Abgesehen von diesen Beweismitteln hatte der Verklagte, nachdem ihm besserer Beweis nachgelassen worden war, einen weiteren Zeugen benannt und eventuell dem Kläger der Eid darüber, daß die Zahlung geschehen sey, deferirt. Das Untergericht legte den Schiedseid auf, weil zu wenig bewiesen sey, um auf den Erfüllungseid zu erkennen. — Das Obergericht verwarf die Berufung des Verklagten gegen dieß Erkenntniß, in Erw.: „daß Appellant den ihm aufgegebenen Beweis der Zahlung der eingeklagten Zugabe von 300 fl. durch die Aussagen der Zeugen als unvollständig erbracht zugestanden hat; — daß derselbe durch die in den früheren Verhandlungen und namentlich im letzten zum Antritt des bessern Beweises angesetzten Termine vorbehaltene und eventuelle, gegentheilig auch acceptirte Eidesdelation über die erfolgte Zahlung deutlich seinen Willen im Falle eines mangelhaften Beweises zur Führung des besseren Beweises sich jener bedienen zu wollen, ausgesprochen, somit das Landgericht — jener Erklärung des Appellanten gemäß erkannt hat; — daß ein Erkenntniß auf den Erfüllungseid daher um so weniger Platz greifen durfte, als dessen gesetzlich ausgesprochene subsidiäre Eigenschaft die Zulässigkeit desselben in dem Falle ausschließt, wenn der Gebrauch anderer ordentlicher Beweismittel, denen insbesondere die Hanau. U. G. Ordn. §. 99 den angetragenen Schiedseid beizählt, als dem Beweisführer noch zu Gebote stehend, von diesem angegeben und vorbehalten worden, wie von dem Appellanten geschehen —." — Auf die an das O. A. Gericht fortgesetzte Appellation des Verklagten erfolgte dagegen eine Entscheidung, wodurch dem letzteren der Erfüllungseid auferlegt wurde, in Erw.: „daß bei einer eventuellen Verbindung der Eidesdelation mit andern Beweismitteln jene als nur für den Fall, wo diese durchaus kein günstiges Resultat liefern, zur Hand genommen zu betrachten und daher die Auflegung eines nothwendigen Eides, welche überhaupt nur von der Beurtheilung des Richters abhängt, nicht dadurch ausgeschlossen ist; — daß der Kläger die Wirksamkeit einer an die X., als an seine Gläubigerin, geleisteten Zahlung in Ansehung seiner nicht bestritten hat; — daß aber die vom Zeugen W. bekundete Aeußerung der Ehefrau des Klägers, die fraglichen 300 fl. von des Verklagten Ehefrau erhalten, darauf noch etwas zugelegt und hiermit das Haus bezahlt zu haben, ein außergerichtliches Geständniß der erfolgten Zahlung enthält; — und wenn gleich dasselbe, als auf der Aussage eines einzigen Zeugen beruhend, nicht als vollständig bewiesen erscheint, doch auch nach den weitern, der behaupteten Auszahlung des Geldes theils vorausgegangenen, theils darauf gefolgten Umständen, worüber die Zeugen 3, 4

Personen der Streittheile, sich von dem durch die unvollständige Beweisführung wider ihn begründeten Verdacht zu reinigen für befugt erachtet werden. Nur unter dieser Beschränkung wird man also den Grundsatz, daß der Beweisführer zur Geltendmachung aller, auch der eventuellen Beweismittel befugt sey, für richtig halten können. Es rechtfertigt sich das nicht blos aus der ganzen Entwickelung des Reinigungseids in Verbindung mit dem Erfüllungseide, sondern auch aus der Natur jenes. Bei jenem hat bereits der zur Erforschung der Wahrheit berufene Richter einen Anhaltspunkt an dem mehr oder minder vollständigen Beweise. Mittelst des einen oder andern Eides wird er daher dieselbe regelmäßig sicherer finden, als wenn er, mit Uebergehung jener Beweismomente, die Sache zur Ableistung des zugeschobenen Eides hinführte, bei dem es, wie er wenigstens in Uebung ist, gar nicht darauf ankommt, ob irgend welche Vermuthung für die betreffende Partei streite. Die Annahme der fortwährenden Zulässigkeit des Reinigungseids entspricht denn auch, wie der Ansicht der Processualisten, so auch der Praxis.

Was die letztere betrifft, so ist eine öftere Anwendung des Eids vorzugsweise in der Ehescheidungslehre wahrnehmbar. Hier bildeten sich die Grundsätze seiner Zulassung nach denen aus, welche für dessen Anwendung bei Vergehen der Geistlichen gelten. Die Bedeutung der Ehe als Sacrament, und des Bruchs derselben als Vergehen waren die Momente, welche eine Vergleichung zuließen und in dieser Hinsicht eine übereinstimmende Behandlung der Frage veranlaßte. Wie beim Kleriker schon ein für genügend erachteter Verdacht des ihm zur Last gelegten Vergehens, so konnte auch bei der Ehe schon die begründete Vermuthung des Ehebruchs zum Reinigungseide führen. Besonders sprach hier die Rücksicht, daß der Eid zur Aufrechthaltung der Ehe geleistet wurde, für die außerdem zweifelhafte Zulässigkeit desselben.

---

und 5 deponiren, die wirkliche Verwendung des Geldes zu dem fraglichen Zwecke um so wahrscheinlicher wird, als dieselben durch den Inhalt des klägerischerseits producirten Kaufbriefs und der ihm beigefügten Quittung vom 18. Mai 1810 hinsichtlich des hiernach wirklich an die X. gezahlten Betrags unterstützt; — daß demnach ein hinreichender Beweis vorliegt, um auf den vom Verklagten und zwar seinem Erbieten gemäß de veritate abzuleistenden Erfüllungseid zu erkennen", Beit g. Ulmicher [50] O. A. G. Decr. v. 21/3 1827.

Wenn nun aber auch wegen dieser Analogie zwischen dem Bruch der ehelichen Treue und dem Vergehen des Klerikers die Anwendung des Reinigungseides hier besonders häufig war, so erschien doch damit die Anwendung auf andere processualische Verhältnisse nicht ausgeschlossen. Es hat denn auch namentlich das O.-A.-Gericht zu Cassel nicht nur den allgemeinen Satz anerkannt, daß rücksichtlich der Auflegung eines nothwendigen Eides die freie Beurtheilung des Gerichts durch die nur eventuell geschehene Zuschiebung oder Zurückschiebung des Schiedseids nicht ausgeschlossen sey [74]), sondern auch den weiteren [74a]), daß bei einer eventuellen Verbindung der Eidesdelation mit andern Beweismitteln jene als nur für den Fall, wo diese durchaus kein günstiges Resultat liefere, zur Hand genommen erachtet und daher die Auflegung eines nothwendigen Eides überhaupt nicht dadurch ausgeschlossen werde.

Der regelmäßige Fall dieses Eides tritt nun besonders beim Zeugenbeweise, alsdann sonach ein, wenn dieser mangelhaft erbracht ist, z. B. nur ein Zeuge deponirt hat und selbst dieser verdächtig erscheint [75]), oder wenn von mehreren ein Gleiches gilt [76]), oder wenn, abgesehen von dem wider einzelne streitenden Verdacht, die andern widersprechende Aussagen gemacht haben [77]), überhaupt nur Verdacht, oder eine Vermuthung, z. B. des Ehebruchs, vorliegt [78]),

---

74) Ziegler g. Römer [4989] 12/10 1829.

74 a) Veit g. Ulmicher, 21/3 1827 (S. 219 Note 73 a).

75) Dotzauer ux. g. ihr. Ehem. [112] 17/4 1847; Behrens g. Graff [1353] 7/6 1848; Gerlach ux. g. ihr. Ehem. [4057] 28/10 1838.

76) So wurde dem Verklagten dieser Eid auferlegt, als die Mutter und der Bruder der Klägerin zu deren Gunsten ausgesagt hatten; Peilsticker ux. g. ihr. Ehem. [513] 10/2 1847.

77) Ochs g. s. Ehefr. 24/10 1835, wird, in Erw.: „daß im vorliegenden Falle den Aussagen der Zeugin N. um so weniger Glauben beizumessen ist, als sie nicht nur ihre eigene Schande bekunden, sondern auch mit ihrer eigenen früheren vor dem Pfarrer abgegebenen Erklärung, im Widerspruch stehen; — die beiden übrigen Zeugen aber nur ihr Nichtwissen bekunden; — daß daher der Verklagte durch die Zulassung der Klägerin zum Erfüllungseide als beschwert erscheint, demselben jedoch der Reinigungseid aufzulegen ist, — unter Aufhebung des O. G. Bescheids —, erkannt: daß dem Verklagten der Reinigungseid dahin aufzulegen ist, daß er seit dem — sich mit der — nicht fleischlich vermischt habe."

78) Schaumburg g. s. Ehefr. [8499] 26/8 1843; Nahl g. s. Ehefr.

die Aussage eines, an sich unverdächtigen, Zeugen nicht unzweifelhaft auf den zu beweisenden Vorgang sich bezieht rc. [79]).

Handelt es sich um die Führung von Beweisen, welche eine Verstärkung der Kraft der sonst genügenden Beweismittel erfordert, wie z. B. in dem Fall, wo die Anfechtung gerichtlicher Zeugnisse, etwa eines Protocolles, in Frage steht, alsdann kann der Erfolg der Aussagen selbst mehrerer, glaubhafter Zeugen nur auf die Erkennung des Reinigungseides führen. Es hängt das zusammen mit der Beweiskraft solcher Zeugnisse und Urkunden, deren Anfechtung, wie bereits früher [80]) ausgeführt worden, einen überwiegenden Beweis erfordern. Und wie man daher unter Umständen die Auflegung des Erfüllungseides in einem solchen Falle für zulässig angenommen hat [81]), so wurde, als ein mehr als halber Beweis

---

[470] 11/9 1847; hier lag gegen den Verklagten vor, daß er verschiedentlich mit einer Weibsperson in verschlossenen, jedoch nicht meublirten Stuben zugebracht habe; — Schaub ux. g. ihr. Ehem. [9424] 16/4 1844; in diesem Falle hatten während der Dauer des Ehescheidungsprocesses zwei Mägde des Verklagten schwanger dessen Haus verlassen und eine derselben war, nachdem sie geboren hatte, in den Dienst zurückgetreten, woneben das Kind gut gekleidet in des Verklagten Haus sich befand; — Gmeluth g. s. Ehefr. [2628] 7/10 1851; danach hatte nur ein Zeuge, welcher aber zugleich über die eigene Schande deponirte, ausgesagt und wurde durch einen zweiten nur unterstützt; zugleich hatte aber der Verklagte gegen die Abhörung jenes Zeugen nicht protestirt, vielmehr darauf sich eingelassen. In allen diesen Fällen wurde die Vermuthung als bis zur Auflegung des Reinigungseides begründet angenommen.

79) Ein solcher Fall lag z. B. vor, als es sich um die Nachweisung einer Uebereinkunft handelte, welche nach einem Kaufvertrag resp. auf Veranlassung desselben unter den Streittheilen eingegangen seyn sollte. Die Aussage eines Zeugen bezog sich augenscheinlich auf die Unterhandlungen in Betreff des Kaufvertrags. Daneben lagen noch Depositionen desselben vor, welche aber nicht mit genügender Bestimmtheit das enthielten, was erforderlich gewesen wäre, um sowohl überhaupt, als insbesondere auch in Betreff gerade des eingeklagten, vom Zeugen nicht einmal erwähnten, Betrags, eine vollendete selbstständige Uebereinkunft zwischen beiden Theilen erkennbar zu machen, weshalb denn durch die allein günstige Aussage jenes Zeugen die Auflage des Erfüllungseids nicht, vielmehr nur die des Reinigungseid für begründet angenommen wurde, Müller g. Dernbach [1556] 2/3 1849.

80) Erörterung der Frage: Unter welchen Voraussetzungen die Giltigkeit eines gerichtlichen Protocolls angefochten werden kann? in des Verf. N. Samml. von Entsch. des O. A. Gerichts zu Cassel, Th. VI Abth. 1 S. 189—222.

81) Strubens rechtl. Bed. Th. II Bd. 52.

zu jener Nachweisung erbracht worden war, doch nur auf den Reinigungseid erkannt [82]).

Uebrigens fällt nun aber selbst der letztere alsdann weg, wenn der Verdacht selbst nur ein geringer ist, wie z. B. im Fall der Deposition eines Zeugen in Beziehung auf eine Zeit, in welcher sichere Wahrnehmungen noch nicht gemacht zu werden pflegen [83]). Daneben kann aber auch auf den Antrag einer Partei, den Reinigungseid zu erkennen, wegen mangelnden rechtlichen Interesses, in dem Falle nicht eingegangen werden, wenn dieser Eid mit dem derselben Partei angetragenen und von ihr angenommenen Schieds-Reinigungseid zusammen fällt [84]).

In Beziehung auf das Verfahren, welches der Auflegung dieses Eides folgt, kann auf das rücksichtlich des Ergänzungseides Bemerkte verwiesen werden.

Was insonderheit die Verweigerung des Reinigungseides betrifft, so hat diese zwar die Folge, daß der Weigernde den Beweis des Gegners für vollständig geführt anerkennen muß [85]); von einer solchen freiwilligen Verweigerung ist aber, bei ermangelnder Gleichheit des Grundes, kein Schluß auf den Fall zu machen, wo der Richter nach Berücksichtigung aller Umstände, der Person und der Sache, wie es ihm obliegt [86]), wegen neu sich ergebender Thatumstände ein Bedenken findet, die Partei zu dem Eide, wozu sie erbötig ist, zuzulassen. Dadurch, daß diese neuen Thatsachen ein Bedenken erregen, den zweifelhaften Umstand gerade von

---

82) N. Sammlung rc., a. a. O., S. 221 Not. 114.

83) Des Verf. Ehesch.-Recht, S. 285 Not. 34.

84) So wurde erkannt, daß demjenigen, welchem die Ablage eines de- oder referirten Schiedseids obliege, über Umstände, welche das Gegentheil von der zu beschwörenden Sache ausmachten, wenn auch im Wege des Beweises zur Meineidsverhütung diese Umstände zum Theil dargethan seyen, der Reinigungseid nicht auferlegt werden könne, indem dieser alsdann nothwendig mit dem abzulegenden Schiedseid zusammenfalle; Epstein g. Bogemann [5304] 30/3 1822. Weitere Aussprüche über obigen Satz ergingen in S. Ihmsen g. Brand [4488] 28/11 1837; v. Feilitzsch g. Fuchs [7792] 19/4 1842; Winzenborn g. Bernhard [9494] 11/12 1844; Pfennigkaufer g. Herzog v Ratibor [207] 21/7 1847; Braubach g. Köbrich [123] 2/3 1847.

85) l. 12 §. 2 C. de reb. cred. (4. 1); Glück, Com. Th. 12 S. 393.

86) c. 36 X. de jurejur. (2 24)

dem Eide dieser Partei, die sich zu schwören erbietet, abhängig zu machen, geht der zweifelhafte Umstand noch nicht zu völliger juristischer Gewißheit über; vielmehr muß diese auf andere Weise hergestellt werden, wozu nach Lage der Sache eine Eidesauflage an den Gegner führen kann.

Auch in Ansehung der Frage: ob die Relation des Eides zuläſſig sey? gilt der bereits bei Gelegenheit des Ergänzungseides angenommene Grundsatz, wonach diese Frage zu verneinen ist.

Und eben so geht man auch bei der Beurtheilung der weiteren Frage: ob, wenn der Schwurpflichtige vor der Eidesleistung gestorben ist, wenn auch aus andern Gründen, wie bei der Eidesdelation, von dem Satze aus, daß jenes erfolgte Ableben die Beweisfrage nicht erledige [87]).

---

87) Vergl. Edict. Rothar. §. 367 (Walt. I. 748); Sachsensp. III, 11. Seufferts Archiv B. VIII Nr. 329, worin ein einschlagendes Erkenntniß des O. A. Gerichts zu Lübeck v. 17/6 1853 sich findet. In einer Rechtssache war dem Verklagten der Reinigungseid auferlegt. Der Kläger appellirte dawider; vor der Entscheidung dieses Rechtsmittels starb aber der Verklagte und nun wurde die Appellation zurückgewiesen, jedoch dabei verordnet, daß die Sache nunmehr an das Untergericht zu remittiren sey, um, nach vorgängiger Verhandlung der Parteien, darüber zu entscheiden, welchen Einfluß die neuerdings in der Person des Verklagten eingetretene Veränderung auf den erkannten Reinigungseid habe. Das erwähnte Gericht ging davon aus, der inzwischen eingetretene Tod des Verklagten müsse allerdings einen Einfluß auf jenen Eid haben und sofern sich ergeben würde, es sey im hohen Grade unwahrscheinlich, daß die Testaments-Erben des Verklagten Kenntniß von dem Verhältnisse hätten, welches den Gegenstand des Reinigungseides bilde, zu einer Aufhebung und zu einer ohne Weiteres die Klage abweisenden Erkenntnisse führen. Man hielt es aber um so weniger für angemessen, hierüber in letzter Instanz zu erkennen, als in dieser Beziehung überall noch keine Verhandlung unter den Parteien stattgefunden hatten und auch von Seiten des jetzigen Verklagten ein Antrag nicht gestellt war. Dahingegen wurde es für unbedenklich angesehen, ungeachtet dieses fehlenden Antrags, von Amtswegen eine solche Verhandlung anzuordnen, weil es die Pflicht des Richters sey, amtlich darauf Rücksicht zu nehmen, daß überflüssige und seiner Ansicht nach einflußlose Eide möglichst vermieden werden.

Dritter Abschnitt.

Gemeinsames rücksichtlich des zugeschobenen Eides einer= und des Ergänzungs= und Reinigungs=Eides andererseits.

Erstes Kapitel.

§. 1.

Verhältniß des Ergänzungs= und Reinigungs=Eides zu einander.

Die beiden bisher erörterten Eide pflegt man gewöhnlich und vorzugsweise als nothwendige, oder Noth=Eide zu bezeichnen. Sie haben das Gemeinsame, daß sie, abgesehen von der bei jedem derselben eintretenden Ausschließung der Zurückschiebung des Eides und des Calumnien=Eides [88]), erst dann auferlegt werden, wenn die übrigen zeitig geltend gemachten Beweismittel erschöpft worden sind, und stellen sich demnach als nur subsidiäre Beweismittel dar [89]).

---

88) Malblank, l. c. §. 75; Danz, ord. Proc. §. 362.

89) l. 3 C. de reb. cred. (12. 3); c. 2 X. de prob. (2. 19); l. 3 §. 2 D. de testib. (22. 5); — Grolman, Proc. §. 93; Martin, Proc. §. 123 b.; — v. Trott g. Bohn, 27/3 1822; Kulemann g. Varenkamp [5834] 6/10 1824, worin ausgesprochen wurde, daß vor versuchter Beweisführung die Auflegung eines nothwendigen Eides nicht stattfinde; Kornemann g. s. Ehefr. [73] 15/11 1845, in Erw.: „daß nach allgemeinen processualischen Grundsätzen es zu der Auflage eines nothwendigen Eides vor Erschöpfung sämmtlicher, zeitig geltend gemachter, Beweis=

Eben so gelten für beide eine Reihe von positiven oder aus der rechtlichen Natur des gerade in Betracht kommenden Verhältnisses zu folgernden Beschränkungen nicht, welche bei dem zugeschobenen Eide zur Anwendung kommen. Dahin gehört, daß, wie bereits früher angedeutet worden, der nothwendige Eid in Ehescheidungssachen, so wie auch wohl in Beziehung auf Nebenverabredungen, welche, um im hessischen Gesetzesausdruck zu reden, einer Urkunde billig hätte einverleibt werden sollen, stattfindet [90]); wie denn auch der Satz, daß die Partei, welche einen Eid deferirt, verlangen kann, daß dieser im Fall der Annahme von ihrem minderjährigen Gegner selbst nach erlangter Volljährigkeit, nicht aber vorher und von dessen Vertreter ausgeschworen werde, auf einen durch den Richter auferlegten Eid keine Anwendung leidet [91]).

Man pflegt besonders auch in Fällen, wo die Zuschiebung des Eids unzulässig [92]), oder, wie bei Gegenständen der Beurtheilung, z. B. Wildschäden, bedenklich ist [93]), zu solchem sich zu bestimmen.

Der nach römischem Rechte bestehende Zweifel: ob bei unvollständiger Beweisführung der nothwendige Eid überhaupt nur dem Beweisführer, oder auch dessen Gegner auferlegt werden könne? ist, wenn gleich gegen die Ansicht vieler Juristen, unter

---

mittel nicht kommen kann; — und vorliegend hiervon abzugehen in dem Umstande kein Grund liegt, daß die Appellatin bei ihrer Beweisantretung sich mit Rücksicht auf die producirten Urkunden zunächst zur Ausschwörung des Erfüllungseids erboten und nur eventuell die Vernehmung der denominirten Zeugen beantragt hat."

90) Vom Standpuncte der Nichtigkeitsbeschwerde wurde die Frage entschieden in S. Gundlach g. Hildebrand [1090] 13/11 1847, in Erw.: „daß — der §. 7 der Verordn. v. 6. Juli 1770 keine klare Vorschrift darüber enthält, daß ein nothwendiger Eid über Nebenverabredungen, welche in das bei der gerichtlichen Versteigerung aufzunehmende Protocoll hätten aufgenommen werden müssen, ausgeschlossen seyn solle. —"

91) Fuchs g. Koch [3569] 22/9 1838.

92) Ungermann g. Sensel, 1827; Ammenhäuser g. Riehl, 1829.

93) Fisc. Pr. g. Neuße, 30/6 1832.

Hinweisung auf einschlagende Bestimmungen des römischen [94]) und canonischen Rechts [95]), bejahet werden.

Die Frage: ob vom Kläger oder vom Verklagten ein solcher Eid zu leisten sey? war in Beziehung auf manche Fälle, für die der Reinigungseid ohne vorgängigen Beweis des Gegners, gesetzlicher Bestimmung zufolge [96]), auferlegt werden sollte, entschieden; im Uebrigen aber wurde derselbe, je nachdem die eine oder andere der hier seit der Zeit der Glosse bestandenen Ansichten (S. 38) Geltung erhielt, dem Kläger oder dem Verklagten zuerkannt [97]).

---

94) Wetzell, System des Civilproc. §. 26 (S. 168): »— l. 31 D. de jurejur. verb.: »cum a judice aliquis absolutus fuerit« beweist, daß auch der Verklagte zum Eide habe angehalten werden können und die Richtung des in dieser Stelle erwähnten Eids auf die Unwahrheit der Klagthatsachen (worauf es hier ankommt) möchte daraus zu folgern seyn, daß Kläger mit Berufung auf neu aufgefundene Beweismittel um Wiederaufnahme der Sache bittet."

95) cap. 36 §. 1 X. de jurejur.

96) Vergl. darüber: Wetzell, a. a. O. Not. 4.

97) Bei diesem wichtigen Theile dieser Lehre mahnt ein älterer Jurist (Pillius — a. 1188 — de ord. judic. P. 3 §. 6 n. 30 pag. 57; ed. Bergmann) der Richter müsse hier besonders sorgfältig Alles überlegen und verweist dabei auf einen Vorgänger Albericus de porta Ravenate (a. 1165), aus dessen Distinctio »in contractibus etc.« (l. cit. pag. 58 not. 32) Folgendes bemerkt wird: In Beziehung auf die contractus bonae fidei und stristi juris ebensowohl, als hinsichtlich der Verbrechen »et in ceteris causis« liegt dem Kläger der Beweis auf. Sobald hier eine inopia probationum hervortritt, muß die Sache vom Richter, nach vorgängiger Untersuchung derselben, durch den Eid entschieden werden. Hier kann es denn nun geschehen, daß derselben zuweilen dem Verklagten, manchmal aber auch dem Kläger auferlegt wird. Liegt weder Beweis nach eine solche praesumtio legitima für den Kläger vor, wodurch der Richter seine Ueberzeugung begründen zu können glaubt, so hat er dem Verklagten den Eid aufzulegen und nachdem solcher ausgeschworen worden, denselben von der Klage zu entbinden. (Es wird sich dabei bezogen auf: l. 31 D. de jurejur.; l. 4 §. 3 D. de edend. (2. 13); l. 21 C. de fid. instr. (4. 21); l. ult. §. 10 D. de jur. delib. (6. 30); Nov. 12 c. 2 vers. si autem datum; Nov. 73 c. 8 c. 4.)« — Zuweilen hingegen ist auch, in Folge jener causae cognitio, dem Kläger der Eid aufzulegen »scilicet propter praesumtionem, ubi aestimaverit judex ei credi oportere, ut in Nov. 73 c. 7 et Nov. 128 c. 23.« Als einzelne Fälle, welche hierzu Veranlassung geben, führt der genannte Rechtslehrer folgende auf: »cum quia reus non fecit, quod facere debuit, id est procuratorem

Dabei fiel, wie ebenwohl bereits angedeutet worden (S. 12) die Wahl zunächst auf den der Wahrheit Kundigen. Dieß ist denn auch der Grundsatz, welcher heutigestags vor Allem festgehalten wird, weil aller Eide Zweck nur auf die Feststellung jener gerichtet ist. Wenn also z. B. weder der eine noch der andere Streittheil voraussichtlich über die zu beweisende Thatsache Kenntniß hat, so wird dann auch der nothwendige Eid nicht erkannt werden können. Als es sich sonach darum handelte, ob durch ein, in einer herrschaftlichen Kanonen-Gießerei angezündetes Feuer, zu einem der Bestimmung derselben fremdartigen Zweck, der Stückgießer die dadurch entstandene Feuersbrunst verschuldet habe und zu beweisen war: ob jenes Feueranmachen die Veranlassung zur letzteren abgegeben habe? ging man, in Folge des nur unvollständig erbrachten Beweises, davon aus, daß im Fall eines nothwendigen Eids nur ein Urtheil über die bekundeten Thatsachen vom Schwörenden würde gefällt, dadurch aber in dem Richter eine gründlichere Ueberzeugung nicht würde erzeugt werden. Der Eid wurde demnach für unzulässig erachtet [98]. Neben dem angedeuteten Haupt-

---

non constituit, ut in Nov. 128 c. 24; cum propter vim ejus, qui convenitur, ut l. 9. C. de vi et vi arm. (8. 4.); cum propter honestatem personae, praesertim si res vel summa petita modica sit, ut l. 5 §. 6 D. de re milit. (49. 16); tum propter munus, quod quis evitare cogitatur (conatur?) et utilitatem adversarii, ut in Nov. 72 c. 3: tum propter diligentiam, ut l. ult. C. de bon. auct. jud. poss. (7. 72); tum propter temeritatem vel improbitatem temere litigantis ut l. 13 §. 6 C. de jud. (3. 1); tum propter absentiam, ut in ead. l. §. 3 et l. 25 eod.; tum propter inficiationem, ut in Nov. 18 c. 8; tum propter beneficium actoris impetratum et negligentiam rei, ut l. ult. §. 3, 5 C. de jur. dom. impetr. (8. 34). — An diese Bezugnahme schließt dann Pillius die Folgerung: »cum nulla ex parte actoris vel rei inducitur probatio vel praesumtio, ut in his legibus cavetur, tunc inspecta persona actoris vel rei, inspecta etiam re, de qua agitur, prout judex prospexerit, defert juramentum nunc actori, nunc reo, causa tamen cognita, ut ibi dicitur; ergo vel modicum pro eo oportet esse vel facere, cui a judice defertur sacramentum.«

98) Fisc. Pr. g. Henschel [8834] 1848. Die früher (S. 111) mitgetheilten Entscheidungen, in welchen auf ähnliche Grundlage Eide darüber zugelassen wurden, daß z. B. auf der Retirade aus Rußland im J. 1812 der Tod einer Person erfolgt sey, sind hiermit nicht ganz überstimmend.

gesichtspunkt kam denn auch die Bedeutendheit des bis dahin erbrachten unvollständigen Beweises und die persönliche Glaubwürdigkeit der zum Schwurpflichtigen ausersehenen Individuen mit in Betracht. Insonderheit sollte, wenn nicht blos der Kläger, sondern auch der Verklagte Beweis zu führen hatte, jener, um zum Ergänzungseid zu gelangen, mehr als dieser bewiesen haben (S. 38).

In den meisten Beziehungen sind diese Grundsätze auch in der Praxis Kurhessens anerkannt worden und danach lassen sich folgende Regeln aufstellen:

1. Der Beweis des Klägers ist vollständig geführt, der Gegenbeweis des Verklagten aber gleichfalls. Dann ist jener entkräftet, der Kläger also beweisfällig [99]). Natürlich, daß man in dem Falle, wo die Beweismittel des Klägers als unzweifelhaft glaubwürdiger erschienen, zu einem andern Ergebniß gelangt, schon deshalb, weil dann eigentlich von einem Gegenbeweis nicht die Rede ist [1]); so wie in dem, wo eine in den Rechten begünstigte Streitsache, z. B. Dos, Testament, Alimente, Ehe, Freiheit ꝛc. in Frage steht [2]).

2. Wird der Beweis unvollständig geführt, der directe Gegenbeweis aber vollständig, so ist hier der letztere entscheidend und von Auflegung des Erfüllungseides rücksichtlich des ersteren nicht die Rede. Es findet das darin seinen Grund, daß wenn einmal die Wahrheit derselben Thatsache in gesetzlicher Weise ermittelt worden ist, eine Vernichtung desselben durch einen Eid überhaupt nicht stattfinden darf. Ein unvollständiger Beweis kann auf einen vollständigen keinen schwächenden Einfluß haben und da beide Beweise ungleich sind, so kann auch von einer Ungewißheit, in welcher der Richter sich befände, nicht die Rede

---

99) Es liegt dieß in der Natur des Gegenbeweises; neuere Gesetze, z. B. die Badensche Proc. Ordn. v. 1831 §. 638, enthalten eine ausdrückliche Bestätigung. Ueber die verschiedenen Ansichten ist indeß zu vergl.: Volgiano, Zeitsch. (Gieß.) N. Folge, VII, S. 312, 315.

1) l. 21 §. 3 D. de test. (22. 5); l. 32 X. de test. (2. 20). Vergl. auch: Volgiano, a. a. O. S. 302, F. 305 flg.; Bayer, Vortr. S. 603 Nr. 1.

2) J. H. Böhmer, de collis. prob. c. 1 §. 17.

seyn; es muß daher stets zu Gunsten der Partei erkannt werden, welche vollen Beweis geführt hat [3]). Dahin hat auch die hessische Praxis sich entschieden [4]).

3. Ist umgekehrt der directe Gegenbeweis unvollständig erbracht, und der Beweis entweder vollständig oder unvollständig geführt, so gilt bei den hessischen Gerichten [4a]) der Grundsatz, daß jener mangelhafte Gegenbeweis nur auf die Würdigung der Beweisgründe von Einfluß seyn und das richterliche Urtheil bei Entscheidung des Zweifels bestimmen kann, ob der Beweis für vollständig oder bis zum Erfüllungs-, oder Reinigungs-Eid erbracht, oder für gänzlich mißlungen gehalten werden müsse. Hat also z. B. der Kläger seinen Beweis, neben Urkunden und Zeugen, durch Delation des Eides angetreten, der Verklagte aber hat den letzteren zurückgeschoben, so kann alsdann nur ein vollständiger Gegenbeweis von Erheblichkeit seyn, da ein Erfüllungseid mit dem deferirten zusammen fällt, und ein Reinigungseid, welcher übrigens stets eine Erschöpfung sämmtlicher zeitig benutzter Beweismittel voraussetzt, zur Führung des Gegenbeweises nicht mitbenutzt werden kann [5]).

---

3) c. 9. X. de prob. (2. 19); c. 32 X. de test. (2. 20).

4) Bug g. Uebelacker [8457] 2/3 1844, in Erw.: „daß — durch die Aussage des hier als classisch erscheinenden Gegenbeweis-Zeugen M., in Verbindung mit der Aussage des Gegenbeweis-Zeugen D., dessen Glaubwürdigkeit durch seine Eigenschaft als mittelbarer Vorbesitzer des appellatischen Grundstücks nur in sehr geringem Grade geschwächt wird —, das Ergebniß der Aussagen der überdieß meistens wegen verwandtschaftlicher Verhältnisse zu dem Appellanten nicht ganz unverdächtigen Beweis-Zeugen dergestalt aufgewogen wird, daß eine Ergänzung des Beweises durch einen Erfüllungseid nicht stattfinden kann".

4a) Vergl. ü. d. gemeine Recht: Bolgiano, a. a. O. S. 315 flg.

5) Dahin entschied sich denn auch das O. A. Gericht zu Cassel in S. Dickhaut g. Engeland [8250] 12/11 1842, in Erw.: „daß auf einen Erfüllungseid über den directen Gegenbeweis, wie hier vom Obergerichte geschehen, überhaupt nie erkannt werden kann; indem die Abwägung der von den Parteien gelieferten Beweis- und Gegenbeweis-Gründe, sofern der Beweis danach nicht für vollständig geführt oder gänzlich verfehlt zu halten ist, auf den Erfüllungseid für die Partei, welcher der Beweis obliegt, oder zum Reinigungseid für den Gegner führen kann"; Arnd g. Arnd [2557] 7/7 1851, in Erw.: „daß — die Beschwerde in ihrer Richtung auf Zulassung zum Erfüllungseid

4. Anders verhält sich dagegen die Sache beim **indirecten** Gegenbeweise. Hat der Kläger sein thatsächliches Vorbringen vollständig bewiesen, der Verklagte aber seine **Einrede** nicht einmal halb oder kaum halb dargethan, dann wurde zwar in diesem Falle, weil der stärkere Beweis den schwächern aufhebe, von manchen Rechtslehrern angenommen, daß der Verklagte nichts bewiesen habe und daß sein unvollkommener Beweis durch den vollständigen des Klägers als beseitigt sich darstelle [6]; richtiger indessen, bei der Verschiedenheit des Falles von dem unter Nr. 3, von Andern dem unvollständigen Beweis der Einrede die Wirkung beigelegt, daß darauf der Ergänzungseid aufzulegen sey [7]).

5. Wenn aber **beide Theile** die ihnen auferlegten Beweise **nur unvollständig** dargethan haben [8]), dann pflegten für diesen Fall die ältern Juristen folgende Unterscheidung zu machen:

a. Entweder die **persönliche Glaubwürdigkeit** ist bei beiden Theilen verschieden; hier wird die Wahl auf **die** Partei fallen, rücksichtlich deren in dieser Hinsicht kein Bedenken, oder doch ein geringeres obwaltet [9]).

b. Oder es stehen in dieser Hinsicht **beide Theile** gleich. Hatten hier beide im gleichen Maaße unvollständig bewiesen, dann entschied sich die Meinung für den Verklagten, weil man einmal dafür hielt, daß rücksichtlich des Klägers die Versuchung zur Verleugnung der Wahrheit größer, als für den Verklagten sey; dann aber auch, weil die Stellung des letzteren insofern als eine begünstigtere angesehen werden müsse, weil leichter eine Entbindung von der Klage, als eine Verurtheilung erfolgen solle [10]); endlich aber,

---

ihre Widerlegung schon darin findet, daß auf einen solchen Eid über den directen Gegenbeweis überhaupt nicht erkannt werden kann."

6) z. B. **Stryk** de caut. juram. P. III. sect. 3 cap. 5 (p. 282).

7) **Seraphin**. privil. 33. n. 3.

8) Vergl. über diesen Fall: **Bolgiano**, a. a. O. S. 322 flg. u. 351 flg. und die daselbst citirt. Schriftsteller.

9) **Carpzov**, P. I. const. 23 def. 6; **Mascard**, de prob. const. 56 n. 66.

10) l. 125 D. de reg. jur.; l. 38 D. de re judic. (42. 1), wonach, abgesehen von dem Streite für die Freiheit, im Zweifel für den Verklagten entschieden werden soll, c. 3 X. de prob. (2. 19).

weil der Kläger nur gehörig vorbereitet, und mit dem nöthigen Beweismaterial versehen das Gericht angehen dürfe, indem es für verwerflich geachtet wurde, Behauptungen aufzustellen, ohne sie beweisen zu können [11]).

Zweites Kapitel.

§. 2.

Verhältniß des Ergänzungs- und Reinigungs-Eides zur Eideszuschiebung.

Was zunächst das Verhältniß der Eideszuschiebung zu den nothwendigen Eiden, von denen bisher die Rede gewesen ist, betrifft, so ist bereits früher [12]) auf den Zusammenhang der Eidesdelation mit dem Reinigungseid hingewiesen worden [13]). Es kommen hier in besonderer Beziehung auf die regelmäßig dabei geltend gemachte eventuelle Eidesdelation folgende Grundsätze zur Anwendung:

I. Dem Deferenten steht es nicht zu, den eventuell nur deferirten Schiedseid, alsdann, wenn des Delaten Erklärung darüber bereits abgegeben worden ist, in einen principaliter zugeschobenen zu verwandeln.

II. Ist nun der Beweis unvollständig geführt worden, so treten hier diese Fälle ein:

1. Der unvollständige Beweis ist zu Gunsten des Deferenten ausgefallen. Hat hier

a. der Delat auf den Schiedseid sich nicht erklärt; dann wird, wenn der Beweis bis zur Hälfte geführt ist, nach der gewöhnlichen Lehre der Processualisten, dem beweisführenden Theil der Ergänzungseid; wenn weniger als bis zur Hälfte,

---

11) cap. 6 X. de fid. instrum. (2. 22): „— quoniam cum obscura sunt jura partium, consuevit contra eum, qui petitor est, judicari“; cap. 36 X. de jurejur. (2. 24); c. 2 C. 6 qu. 5.

12) Abth. II S. 58.

13) Vgl. auch: v. Savigny, System, Th. VII S. 82.

dem Delaten das Purgatorium auferlegt [14]). Inzwischen ist die Annahme einer alsbaldigen Erkennung der Eidesverweigerung eine nothwendige Folge der Pflicht zu jener Erklärung [15]) und damit stimmt auch das hessische Recht überein [16]).

b. Hat der Delat den ihm deferirten Eid acceptirt, so wird doch hier gleichfalls der Ergänzungs- oder Reinigungs-Eid auferlegt, wie zu a.

c. Hat dagegen der Delat den Schiedseid referirt, so muß, im Falle der Führung des Beweises zur Hälfte, dem Deferenten der Erfüllungseid auferlegt werden [17]). Nach der hessischen Praxis wird, wenn der referirte Eid mit dem Ergänzungseid zusammenfällt, über die Existenz des einen oder andern Eids sich gar nicht ausgesprochen [18]); wenn weniger als zur Hälfte bewiesen ist, dann muß es zum Schiedseid kommen.

2. Ist dagegen der Beweis zum Vortheil des Delaten geführt worden, so wird

a. im Fall der Delat sich nicht auf die Eideszuschiebung erklärt, wie zu 1 a, gemeinrechtlich ein nothwendiger Eid auferlegt, nach hessischem Rechte aber der angedrohte Rechtsnachtheil der Eidesweigerung verwirklicht.

b. Wenn dagegen der Delat den ihm zugeschobenen Eid angenommen hat, so muß, wenn

α. der Gegenbeweis zur Hälfte oder mehr als halb erbracht worden ist, dem Delaten das Suppletorium auferlegt werden, weil der Deferent ein Interesse dabei hat, daß der Delat den letztern Eid schwöre, indem er dadurch von der Leistung des Calumnien-Eids — wo solcher noch Statt hat — frei wird

---

14) Gensler, Archiv f. civ. Pr. B. I S. 157 fg.; Faust in Zurheins Zeitschr. B. I H. I S. 53 fg.; Bolgiano, a. a. O. S. 323.

15) Debes, Verhältniß d. Schiedseids zu den nothw. Eiden, §. 8; Zurhein, a. a. O. B. II S. 203 fg.

16) Diese Schr. Abth. II S. 320 fg.

17) Debes, a. a. O. S. 11—13.

18) Schomberg g. Elmendorf [7369] 18/3 1843; v. Malsburg g. Gem. Oberlistingen [6174] 13/12 1843; Rohmund g. Herzog v. Ratibor [9612] 13/12 1847.

19) Debes, a. a. O. S. 13.

und, im Fall der Leistung jenes Notheids, denselben schon durch den Beweis der objectiven Unwahrheit des Schwurgegenstandes entkräften kann, wohingegen er den ausgeschworenen Schiedseid nur durch den Beweis des Meineids diesen letzteren Zweck würde erreichen können [20]).

β. Ist der Gegenbeweis weniger als bis zur Hälfte erbracht, dann würde dem Deferenten das Purgatorium auferlegt werden müssen, da jener nach eingetretener Gemeinschaft der Beweismittel ein Recht darauf hat, daß in Folge des Resultats der Beweisführung auf den Nothеid erkannt werde.

Im Uebrigen ist hier noch zu bemerken, daß, wie der Reinigungseid, also auch der Erfüllungseid alsdann unzulässig erscheint, wenn zur Beurtheilung des Sachverhältnisses Sachkunde erforderlich ist [21]).

Endlich wird der der Wahrheit nach abzulegende Ergänzungseid auch bei minder starken Beweisgründen dem zugeschobenen, aber nur dem Glauben nach auszuschwörenden, Eide deshalb vorgezogen, weil jener der Bedeutung des Ergänzungseids entsprechender ist [22]).

III. Was sodann das Verhältniß des Ergänzungseides zum Reinigungseide anlangt, so gelten hier folgende Grundsätze:

1. Nur wenn der Richter zwischen jenem und diesem Eide schwankt, hat derselbe sich regelmäßig für denjenigen Eid zu entscheiden, welcher dem Wissen nach abgelegt werden kann; nicht aber in dem Fall, wenn für einen der beiden Eide an sich ein entschiedenes Uebergewicht spricht, insofern nicht besondere Gründe vorhanden sind, welche den Richter, da nur ihm Ueberzeugung durch den Eid verschafft werden soll, bestimmen, von dieser Regel

---

20) Bolgiano, a. a. O. S. 330.

21) Schultheiß g. Stadt Fulda [327] 15/3 1849, in Erw.: „daß — bei der zur Beurtheilung des vorliegenden Sachverhältnisses erforderlichen Sachkunde eine Ergänzung jener Beweisführung (durch Sachverständige und Zeugen) durch einen Erfüllungseid ebenfalls unzulässig erscheint, aus demselben Grunde aber auch die eventuell zur Hand genommene Eidesdelation unstatthaft ist."

22) Echternach g. Echternach, 8/3 1834.

abzugehen, indem ihm namentlich durch die sonst begründete Eidesart die nöthige rechtliche Ueberzeugung schlechthin nicht verschafft werden könnte [22 a]). So wurde, jener Regel entsprechend, der Reinigungseid dem Ergänzungseide alsdann vorgezogen, wenn die betreffende Partei diesen nur dem Glauben nach, die andere aber jenen dem Wissen nach würde abzulegen gehabt haben [22 b]), z. B. als vom Beweis der Lüderlichkeit in Schwängerungssachen die Rede war [23]). Umgekehrt wurde der Erfüllungseid der Wahrheit nach, im Interesse der Erforschung der letzteren, für förderlicher erachtet, als der Reinigungseid, welcher der betreffenden Partei nur dem Glauben nach obgelegen haben würde [24]). In Beziehung auf die Grundsätze, nach welchem die Auflegung des einen oder andern dieser nothwendigen Eide statt findet, tritt aber alsdann eine Ausnahme ein, wenn Eid gegen Eid angehen würde, in welchem Falle man den Ergänzungseid de credulitate dem außerdem begründet gewesenen Reinigungseid de veritate vorgezogen hat [25]); und eben so muß im Fall die für den Beweis sprechenden Gründe überwiegend wären, der ergänzende Glaubenseid, statt des Reinigungseids der Wahrheit nach, gewählt werden [26]). Jene Anerkennung des Vorzugs des der Wahrheit nach abgeleistetem Reinigungseide ist demnach kein absolutes Hinderniß der Auflegung des Ergänzungseides dem Glauben nach [27]), sondern wirkt namentlich nur soviel, daß die für den geführten Beweis sprechenden Gründe überwiegend seyn müssen [28]).

2. Stets wird es demnach zunächst auf genaue Prüfung des gelieferten unvollständigen Beweises ankommen, um zu würdigen, ob der Ergänzungs- oder Reinigungs-Eid aufzulegen, der Wahr-

---

22a) Linde, Proceß, § 319; Heffter, Instit. S. 234 fg.; Gem. Dagobertshausen g. Koch [4135] 1836.

22b) Knobloch g. s. Ehefr. 1825; Vesper g. Gröse, 1823.

23) Jungk g. Willershausen [594] 1785.

24) Baumann g. Brod [4806] 18/9 1822; Gries g. Braun [1582] 31/1 1818.

25) Decis. Cass. T. I des. 92.

26) Staubitz g. Peil [8133] 11/3 1826.

27) Leyser sp. 141 m. 6

28) Staubitz g. Peil, 1826; Lacroix g. Arnold, 1831.

heit oder dem Glauben nach solcher zu leisten sey. In der ersteren Hinsicht war in einem hier einschlagenden Falle der Ergänzungseid auf den Grund der Aussage eines Zeugen auferlegt worden. In der Appellations-Instanz wurden im Wege der Restitution zwei Zeugen vernommen und deren Aussagen führten zu der Annahme, daß in Folge des dadurch gelieferte Beweises der in der Aussage jenes Zeugen enthaltene Beweisgrund dergestalt geschwächt erscheine, daß nur noch auf den vom Appellaten abzuleistenden Reinigungseid zu erkennen sey [29]).

3. Daneben ist dann bei der Wahl des einen oder des andern Eides darauf gesehen, ob die Zeugen-Aussagen positiv oder negativ sind und hier natürlich jenen entscheidende Bedeutung beigelegt [30]).

4. Vorzugsweise ist aber darauf zu achten, daß nicht der Eid gegen Eid ausgeschworen wird; also zu prüfen, ob bei der Eidesauflage nicht bereits ausgeschworene Eide Entgegenstehendes bekräftigen. Wenn also namentlich übereinstimmende Aussagen mehrerer, wenn gleich verdächtiger, Zeugen vorhanden sind, so wird z. B. der der Wahrheit nach auszuschwörende Ergänzungseid dem Reinigungseide vorgezogen, wenn der letztere gegen jene eidlichen Zeugen-Aussagen geschworen werden würde; wohingegen jener in Uebereinstimmung mit diesen letzteren abgelegt werden kann [31]).

---

29) Lückel g. Christ [6227] 27/8 1842.

30) Bartling g. Böhme [355] 25/8 1849, in Erw.: „daß — insofern es sich von der Wahl zwischen der Auflegung des Erfüllungs- oder des Reinigungs-Eides handelt, die positiven Aussagen der Beweiszeugen, welche das Fahren des Appellanten über das bestellte Land des Appellaten gesehen haben wollen, den Vorzug vor den negativen Aussagen der Gegenbeweis-Zeugen, welche solches nicht gesehen haben, verdienen, — nach Vorstehendem aber der Beweis der unvordenklichen Verjährung in dem vom Appellanten behaupteten Umfange als bis zur Hälfte geführt sich darstellt und demgemäß der Erfüllungseid normirt werden muß."

31) Zuschlag g. Knobel, 14/11 1821. Vergl. Kopp Handb. Th. III. S. 303.

Drittes Kapitel.

Eidesregulirung.

§. 3.

Ueberhaupt.

Der Gegenstand dieses Abschnitts betrifft zwar ebensowohl die bereits früher erörterte Eideszuschiebung, als die derselben bisher gefolgten nothwendigen Eide, als auch endlich, zum Theil wenigstens, die weiter zu behandelnden Eide. Da jedoch von der Eidesnormirung vorzugsweise in Beziehung auf die bisherigen Ausführungen die Rede zu seyn pflegt, so wird die Wahl dieses Orts zu dem hier Anzuführenden angemessen erscheinen, im Uebrigen aber das Nöthige durch einschlagende Bemerkungen bei jedem weiter folgenden Abschnitt zu wahren seyn.

Im Allgemeinen ist nun, was den bezeichneten Gegenstand anlangt, festzuhalten, daß hier vorzugsweise die Thätigkeit des Richters hervor- und überall da eintritt, wo das Interesse der Heilighaltung des Eides, in besonderer Beziehung auf seinen Zweck, die Wahrheit zu ermitteln, es irgend zu erfordern scheint. Eine sehr bestimmte Praxis hat, namentlich in Hessen, die hier einschlagenden Grundsätze ausgebildet und sie werden in kurzen Andeutungen hier ihre Stelle finden.

Nach römischem Rechte soll die conceptio juramenti in Zweifelsfällen dem richterlichen Ermessen angehören [32]), namentlich beim referirten Eide, weil dieser sich verändere [33]). Das canonische Recht weist darauf hin, daß nur aus begründeter Veranlassung geschworen, die überflüssige Eidesleistung aber vermieden werden soll [34]). Um dieß und weiter zu erreichen, daß nur Thatsachen, die mit den aus den Verhandlungen sich ergebenden factischen Verhältnissen im Einklang sich befinden, beschworen würden, stellte

---

32) l. 34 §. 5 D. de jurejur. (12. 2); cf. l. 12 C. de reb. cred. (4. 1).

33) l. 34 §. 8 D. de jurejur. (2. 24).

34) arg. c. 26 X. de jurejur.; c. 2 X. de prob. (2. 19).

es sich als nothwendig dar, daß der Richter bei der Eidesleistung auf die Uebereinstimmung mit solchen achte; daraus entstand der insbesondere auch in Hessen anerkannte Satz: „Der Richter habe von Amtswegen für die Berichtigung der Eidesformel zu sorgen" [35]. Bei dieser Ausübung seiner Amtspflicht ist denn aber der Richter nicht zu dem Ende thätig, um den Streit zu schlichten; vielmehr sorgt er nur gewissermaßen im öffentlichen Interesse, vermöge der ihm zustehenden Leitung des Processes, dafür, daß der Eid der Actenlage entspreche. Indem er daher die Formel berichtigt, entscheidet er noch über keinen Anspruch und keinen Streit der Parteien, und die deshalbige Mittheilung an diese letzteren ist darum auch keine richterliche Entscheidung zwischen denselben. Mit Recht wurde daher angenommen, daß eine solche von Amtswegen bewirkte Regulirung an und für sich nicht rechtskräftig werde, wenn sie auch in einem Bescheide erfolge [36]. Der Namen „Bescheid", welchen das Erkenntniß trägt, und der hier nur voraussetzt, daß auf eine Termins-Verhandlung die richterliche Verfügung erfolgt sey, gibt dem Erkenntnisse keine größere Kraft, wenn darin Gegenstände berührt worden sind, die an und für sich die Natur einer res judicata nicht haben, welchen eine Verhandlung nicht vorausgegangen ist. So berührt z. B. die Frage: ob der Eid der Wahrheit oder dem Glauben nach zu schwören sey, blos die Fassung der Formel. Kommt es nun zur Ausschwörung des Eides, so wird der Richter diesen dergestalt reguliren, wie es den Verhältnissen entspricht; er wird hierbei, wenn er es für angemessen hält, die Formel alsbald auf das Eine oder Andere einrichten. In dieser Fassung liegt aber noch keine Entscheidung über die Frage selbst, eben weil der Richter nur vermöge der Proceßleitung gehandelt, nicht aber über wahre Streitpunkte zwischen den Parteien entschieden hat. Die Parteien können daher in dieser Beziehung noch Einwendungen bis zur Eidesleistung vorbringen und erst wenn hierauf der Richter rücksichtlich eines solchen Puncts entscheidet, ent-

---

35) Untergerichtsordn. v. 1732, Art. IV §. 2; — Decis. Cass. T. I. dec. 132 n. 8; Uhl g. Kaufmann, 1827; Mackenroth g. Hamström, 1828; Hummel g. Joseph, 1829.

36) Wolf v. Gudenberg g. Wolf v. G., 1823.

steht ein zur Rechtskraft geeignetes Erkenntniß. Daher lassen denn auch die Processualisten solche Einwendungen bis dahin zu [37]) und es kann diese Befugniß namentlich dem Deferenten, bei erfolgter Zurückschiebung des Eides, nicht bestritten werden, da diesem keine Erklärung weiter zusteht und erst nach erfolgter Zurückschiebung von der Fassung der Formel für den von ihm abzuleistenden Eide die Rede ist.

In Hessen hat auch das Gesetz vom 16. Sept. 1834, §. 34, an diesen Grundsätzen nichts geändert; denn wenn hier der einen Haupteid auflegende Bescheid für appellabel und demnach auch für zur Rechtskraft geeignet erklärt wird, so versteht es sich doch von selbst, daß diese Rechtskraft sich nur auf diejenige Puncte bezieht, über welche ein solcher Bescheid, — abgesehen von den Verhältnissen des vorher gehenden Verfahrens, — wirklich entscheidet. So wenig andere Puncte, welche in einem Bescheide dieser Art vorkommen und die gar keinen Gegenstand des Streits zwischen den Parteien gebildet haben, nunmehr rechtskräftig werden, eben so wenig wird es auch die Festsetzung der Formel und es bleiben, wie früher, die deshalbigen Einwendungen zulässig. Das gedachte Gesetz enthält denn auch keine weiteren Bestimmungen über die sonstigen Voraussetzungen der Rechtskraft. Mit jener Annahme wird übrigens die Vorschrift des gedachten Gesetzes über die Appellabilität der einen Haupteid auferlegenden Erkenntnisse keineswegs unnütz; denn für alle sonstigen Puncte bildet in der That dieß letztere wahre res judicata und macht also den Ausgang des Streits im Uebrigen von der Ausschwörung des Eides abhängig [38]).

---

37) Bayer, Lehrb. S. 451; Linde, Civilproc. §. 309.

38) Diesen Grundsätzen entspricht auch die Praxis des hess. O. A. Gerichts vor und nach dem gedachten Proceßgesetz: Träbing g. Hämerling, 1830; Gem. Langenselbold g. Isenburg [3828] 1837; St. Cassel g. Müller [4868] 1838; Hanau. Wittw.-Casse g. Günste [8624] 8/2 1843, worin erkannt wurde, daß wenn besondere Verhandlungen darüber, wie der Eid geschworen werden müsse, dem auf den Haupteid erkennenden Bescheide nicht vorher gegangen seyen, die diesem Bescheide im Allgemeinen zukommende Rechtskraft eine Erläuterung oder Berichtigung der Eidesformel nicht ausschließe; Peter g. Eberhardt [7991] 14/6 1843, worin ausgesprochen wurde, daß ehe Verhandlungen über die Form des Eids (Glaubens- und Wahrheits-Eids im vorliegenden Fall) stattgefunden hätten,

Diese bisher erwähnte amtliche Einwirkung auf die Regulirung der Eidesformel macht indessen die Thätigkeit der Parteien keineswegs überflüssig, vielmehr wird in Hessen solche vorausgesetzt.

Die Anwendung, welche von den bisher angedeuteten Grundsätzen gemacht worden, sind kürzlich folgende:

§. 4.

Einreichung der Eidesformel.

Nach hessischem Rechte [39]) muß, und zwar während der Beweisfrist [40]), in den zum schriftlichen Verfahren geeigneten Sachen mit der Beweisantretung eine schriftliche Eidesformel übergeben werden. Von dieser allgemeinen und bestimmten Vorschrift [41]) sind jedoch in der Praxis, und zwar sehr weit gehende Ausnahmen gestattet worden, einmal dann, wenn schon im Beweissatze das Factum in jeder Hinsicht ganz vollständig und in der Art ausgedrückt worden ist, daß eine nähere Bestimmung als überall un-

---

ein Endsbescheid in Beziehung darauf nicht rechtskräftig werde; Cloos g. Cloos [7197] 6/11 1844, in Erw: „daß — in der Bestimmung der Formel des referirten Eides, wie solche der Bescheid von — enthält, da darüber, ob der Eid dem Glauben oder der Wahrheit nach auszuschwören sey, Verhandlungen zwischen den Parteien nicht stattgefunden haben, keine die Ausschwörung des Wahrheitseids rechtskräftig aussprechende Entscheidung zu finden ist, — und die Appellanten mit ihrem desfallsigen Antrage um so mehr zu hören waren, als es unter obigen Voraussetzungen zu den richterlichen Pflichten gehört, die Eidesformel nöthigenfalls noch in dem Schwörungs-Termine selbst so zu reguliren, daß die schwurpflichtige Partei, welche bereit ist, diejenigen Thatsachen, auf welche es, nach Lage der Sache, rechtlich ankommt, zu beschwören, durch die ungeeignete Fassung der Eidesformel nicht von der Eidesleistung abgehalten und den Nachtheilen der Eidesweigerung ausgesetzt wird."

39) Untergerichtsordn. v. 1732 Art. IV §. 12. Vergl. Verordn. v. 6. Jul. 1770 §. 5.

40) Hanau. U. G. Ordn. v. 1764 Tit. XI §. 123; Isenburg V. g. Rufener, O. A. G. Decr. 30/6 1832.

41) Die unterbliebene Einreichung der Eidesformel wurde daher für einen wirklichen Mangel der Beweisantretung angenommen, Homberg. Hospital g. Hempler [1185] 1829.

nöthig sich darstellt und der Eid über den Beweissatz unmittelbar zugeschoben worden ist [42]) und dann, daß der Richter in dem Falle solche zu entwerfen habe, wenn die Partei die Aufstellung einer Eidesformel unterlassen hat, und zureichender Stoff dazu in den Acten sich findet [43]).

Eben, weil diese Einreichung einer Eidesformel einen Theil der Beweisantretung bildet, wird zwar die nachträgliche Vorlegung derselben als eine, in Hessen unstatthafte Additional-Beweisantretung betrachtet [44]); es kann das indessen, nach dem bezeichneten zweiten Falle der Ausnahme von der aufgestellten gesetzlichen Regel, nur in dem Fall zur Verwerfung des Eidesantrags führen, wenn nicht die Verhandlungen Stoff zu einer Bestimmung der Eidesformel von Amtswegen darbieten [45]).

§. 5.

Inhalt der Formel.

Jede Beweisführung soll in einer Handlung, in einer Thätigkeit, bestehen, wodurch der Richter von der Wahrheit der zum Grunde der Entscheidung gelegten Thatsachen überzeugt wird. Daher kann denn auch, wenn der Beweis durch den Eid geführt wird, nicht das Recht oder Rechtsverhältniß selbst den Gegenstand der Eidesformel ausmachen, sondern nur das Factum, woraus dieses Recht zu folgern und vom Richter anzunehmen ist. So darf also z. B. die Formel des Eides nicht dahin lauten: daß dem N. von dem fraglichen Zehnten die 10. Garbe zustehe und gebühre, sondern: daß ihm derselbe zur 10. Garbe verabfolgt worden sey [46]);

---

42) v. Hundelshausen g. v. H. [462] 1833; Militär-Wittw. Inst. g. Flies [3518] 1836.

43) Die an das Gesetz sich haltende Ansicht eines Gerichts, in Folge deren jene Ausnahmen ausgeschlossen werden, kann natürlich nicht mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, Lauer g. Hörter [3659] 1836.

44) Grosauheim g. Fisc. Pr. [4931] 14/11 1838.

45) Kerst z. S. v. Trott g. K. [6908] 1841.

46) Horster Zehntpfl. g. Martinstift zu Minden, O. A. G. Decret 25/4 1807.

es müssen beim **Besitz** die Handlungen, aus denen er als vorhanden hervorgeht, angegeben werden [47]).

Das Gleiche gilt überhaupt von **Urtheilen**. So läßt sich z. B. der Eid nicht auf die Befreiung von Einquartirung [48]), nicht auf den durchschnittlichen Ertrag eines Anspruchs [49]), nicht auf den Betrag einer Abfindung [50]), darauf daß Jemand Erbe geworden [51]), demselben ein Nachlaß ab intestato zugefallen [52]), eine Dos inferirt sey [53]) 2c. erstrecken. Die Statthaftigkeit der Aufnahme von unzweifelhaft in das gemeine Verständniß, in den

---

47) v. Edelsheim g. Gem. Wachenbuchen; 12/12 1827.

48) St. Bacha g. Eichel, 1803.

49) v. Allix g. Fisc. Pr. [6317] 3/10 1840, in Erw.: „daß — die in Beziehung auf den — Posten (Schadensberechnung) eingereichte Eidesformel um so weniger für zuläßig gehalten werden konnte, als dieselbe auf einen durchschnittlichen Ertrag des Obstes, welcher mindestens durch Verkauf oder Verbrauch gewonnen seyn würde, gerichtet war."

50) Schulz g. Kix [6113] 13/4 1839. Es handelte sich um eine Klage wegen Abfindung auf den Grund einer Schwängerung. Die Eidesformel war dahin gefaßt: daß, wie der Verklagte nicht anders wisse und glaube, die Klägerin zur Zeit der Schwängerung ein Vermögen von — nicht, sondern nur ein solches von einem — durch jenen vor der Eidesleistung anzugebenden geringern Betrag gehabt und solches habe inferiren können. Diese Formel wurde, wiewohl sie mit dem Beweissatz übereinstimmte, für unzuläßig erachtet, weil der Eid auf specielle Angaben von Gegenständen des Vermögens der Klägerin und deren Werths hätte gerichtet werden müssen.

51) Das O. A. Gericht hielt die vom Obergericht regulirte Eidesformel dahin: „daß weder Verklagtens Ehefrau bei deren Lebzeiten, so viel er wisse und glaube, noch nach deren Tode seine (in seiner väterlichen Gewalt befindlichen) Kinder Erben weder der — noch der — geworden sey" für ungenügend, weil darin weder die Zeit des Erbschafts-Anfalls, wonach doch die Anwendbarkeit der gerade giltig gewesenen Gesetze sich richte, noch weiter angegeben sey: ob und welche der in der Rubrik angegebenen Descendenten beim Tode des — noch in väterlicher Gewalt oder bereits aus derselben geschieden gewesen und wie von letzteren die Erbschaft erworben worden sey; auch wurde der nöthige Stoff zur Berichtigung der Formel vermißt, Waldeck g. Fisc. Pr. [4982] 28/3 1840.

52) vorausgesetzt, daß der Schwörende eine der Rechte unkundige Person ist, Eickernkötter g. v. Reineck [4418] 8/9 1838.

53) Schulz g. Kix [6113] 13/4 1839. Bei der Rechte kundigen Schwurpflichtigen, z. B Anwälten, hat man in solchem Falle die Aufnahme des Ausdrucks in der Formel unbedenklich gefunden, v. Münchhausen g. Ittersum [4075] 1837; Fisc. Pr. g. Otto [9 55] 1846.

vulgären Sprachgebrauch übergegangenen, juristischen Ausdrücken in die Formel, wie „Erblasser“ [54]) ꝛc., leidet keinen Zweifel.

Indem im Uebrigen auf das in dieser Hinsicht bereits früher Mitgetheilte [55]) sich bezogen wird, ist hier nur noch besonders hervorzuheben, daß eine solche Eidesnormirung sich zu beschränken hat auf die wesentlichen, oder erheblichen, also concludenten, — oder zu dem eidlich festzustellenden Verhältniß gehörigen [56]), — sowie auf die bestimmten, speciellen [57]) und actenmäßigen [58]) Thatumstände; welche übrigens auch nicht zu complicirt seyn dürfen [59])

---

54) Kaß g. Siegmann [8131] 1843.

55) Abth. II S. 145 fg.

56) Gem. Fronhausen g. v. Schenk [3243] 1836. Zur Beschränkung der Formel hierauf insbesondere, muß das Gericht auch ohne deshalbigen Antrag der Parteien befugt und verpflichtet seyn, v. Reineck g. Pfaff [1476] 18/9 1839. So wird die „zutreffende“ Zeit in Schwängerungssachen von Amtswegen nach der aus dem Geburtstag des Kindes folgenden Berechnung regulirt, wiewohl die Partei andere Zeitpuncte angegeben hat, Berlet g. Braun [6458] 26/10 1839. Unerhebliche Thatsachen, z. B. unter Umständen die bei Abschließung eines Vertrags gebrauchten einzelnen Aeußerungen (Herz g. Kaiser [1259] 1/9 1848), — oder die Angabe des Orts, wo ein streitiger Kaufcontract abgeschlossen worden ist ꝛc., dürfen in die Formel nicht aufgenommen, können aber bei der Eidesabnahme zu einen dem Schwörenden zu machenden Vorhalt benutzt werden, Freudenstein g. Hartung, 1836. Eben so wurden die Nummern der Actien, welche eine Partei aufgenommen haben wollte, deren Auslassung aber an dem Wesen des Rechtsverhältnisses (Verbindlichkeit des käuflichen Bestellens solcher Actien) nichts veränderte, aus der Formel wegzulassen verfügt, Rieberg g. Bauer [9802] 31/1 1846.

57) Glück, Com. Th. 12 S. 281; Decis. Cass. T. I dec. 132; Uhl g. Kaufmann [9967] 1827; Fisc. Pr. g. Rotenburg Anw. [2731] 1831. Die Thatsachen müssen den allgemeinen Inhalt der Beweisauflage, z. B. „daß der Appellat niemals irgend einer Staatsbehörde die Dienstleistung verweigert habe“, näher darlegen, widrigenfalls die Eidesformel verworfen wird, Fisc. Pr. g. Rumpf [3261] 1836; Baupel g. Blumenthal [6883] 15/5 1841, in Erw.: „daß — die Aufnahme des Zwecks, zu welchem die Appellantin dem appellatischen Erblasser das fragliche Geld eingehändigt hat, in der Eidesformel nicht entbehrt werden kann, indem durch diese Zweckbestimmung erst das Rechtsverhältniß festgestellt wird, vermöge dessen die Appellantin berechtigt ist, die eingehändigte Geldsumme zurückzufordern.“

58) Es darf z. B. nicht auf Urkunden Bezug genommen werden, welche weder einen Bestandtheil der Acten bilden, noch sonst ihrem Inhalte nach genau bekannt sind, v. Rau g. v. Rau [6181] 11/4 1840.

59) Nur deshalb, weil die Gegenpartei die Auflösung in einzelne Thatsachen

und wobei, wenn es sich um Quantitäten fungibeler ꝛc. Sachen handelt, der Zusatz „um wieviel weniger" in der Regel stattfindet [60]). Wie überhaupt, so stellt sich beim Glaubenseide vornämlich die Anempfehlung gehöriger Sorgfalt an den Schwurpflichtigen vor der Eidesleistung als erforderlich dar [61]).

Berichtigung der Eidesformel von Amtswegen.

§. 6.

Ueberhaupt.

Durch ein Erkenntniß auf Eidesleistung werden nach dem im §. 3 Ausgeführten Anträge des Schwurpflichtigen oder des Gegners nicht ausgeschlossen, die sich auf Feststellung der Fragen beziehen, ob der Eid von demselben in Person und wo solcher auszuschwören sey? vorausgesetzt, daß hierüber nicht bereits verhandelt und entschieden worden ist. Insofern daher eine solche

---

nicht verlangt hatte, wurde das am angedeuteten Mangel leidende Factum „daß Wein innerhalb des Gebiets des G. Herz. Hessen producirt worden sey", vom O. A. Gericht in der Eidesformel zugelassen, Fisc. Pr. g. Schröter [4459] 1838.

60) Da z. B. bei Quantitäten von Frucht und den dafür angesetzten Geldpreisen eine Theilung bis auf das geringste Fruchtmaaß und bis auf die geringste Münze möglich ist, und daher das eidliche Ableugnen der Richtigkeit der auf solche Gegenstände sich beziehenden Angaben des Gegners sich auch bis auf den geringsten Theil erstreckt, rechtfertigt es sich, zum Zwecke eines darüber auszuschwörenden Eides, die Worte: „sondern nur welche geringeren Beträge oder Summen?" womit dem Schwörenden ein theilweises Ausscheiden der nach seiner Ansicht unwahren Angaben seines Gegners nachgelassen wird, in die Eidesformel aufzunehmen, Fisc. Pr. g. Salzmann [5187] 1/5 1839; Löber g. Hauf [6194] 19/10 1839. — Indessen kann der Antrag einer Partei in die Formel eines vom Gegner über eine bestimmte Summe zu schwörenden Eides den Zusatz „oder wie viel weniger" aufzunehmen, in dem Fall nicht berücksichtigt werden, wenn dadurch nicht sowohl eine Verminderung des Forderungsbetrags in das Ermessen des Schwörenden gestellt, als vielmehr der Streitgegenstand selbst in seiner Identität betroffen und eintretenden Falles verändert werden würde, Stadt Cassel g. Obersheimer [4675] 23/4 1839.

61) z. B. dahin, daß, wie er nach reiflicher Ueberlegung und sorgfältiger Untersuchung nicht anders wisse und glaube, sein Sohn die vom Kläger vorgelegten Arbeiten nicht selbst angefertigt habe, Dietrich g. Pitel [7692] 1842.

Partei gegen die Fassung und den Inhalt der gerichtlichen Eidesformel [62]) Einwendungen zu machen im Stande ist, steht ihr frei, solche im Wege der Remonstration [63]), oder eines Erläuterungs-Gesuchs ꝛc. vorzubringen. War ihr die Vorlegung einer Eidesformel gerichtsseitig aufgegeben worden, so wird nur beim Vorhandenseyn unzweifelhaften Ungehorsams zur Verwirklichung der Folgen desselben vorgeschritten [64]), zumal ja schon das Gericht von Amtswegen auf die dem Zweck entsprechende Berichtigung der Formel hinzuwirken verpflichtet ist. Das wurde in Hessen schon früher sogar in den Fall anerkannt, wo es überhaupt an einem deshalbigen Antrage mangelte [65]).

Jene amtliche Befugniß des Richters, namentlich auch im Interesse der Verhütung von Mental-Reservationen geeignete Abänderungen und Zusätze in Beziehung auf die Formel vorzunehmen [66]), ist auch durch die Rechtskraft des die Formel regulirenden Bescheids nicht beschränkt; sie dauert vielmehr bis zur erfolgten Eidesleistung [67]). Dieser Satz leidet namentlich sowohl

62) Abth. II S. 379 fg.

63) Reuter g. Weber [8091] 4/4 1843.

64) Gem. Bernbach g. v. Savigny [8605] 25/10 1826, in Erw.: „daß — Appellat durch Benennung der vier Gemeindeglieder, welche den angetragenen Eid ausschwören sollen, die ihm mittelst Bescheids vom — geschehene Auflage theilweise befolgt, auch, statt der früher aufgestellten, eine andere Eidesformel überreicht hat und daher, wenn gleich diese ebenwohl als nicht angemessen verworfen worden ist, Appellat doch nicht als ganz ungehorsam erscheint, weshalb derselbe wegen mangelhafter Fassung der Eidesformel um so weniger sofort für beweisfällig erkannt werden konnte, da es hier nicht auf Angabe specieller, aus den Verhandlungen nicht zu ergänzender, Thatumstände ankommt, sondern, bei der auf unvordenklichen Besitz gerichteten Beweisantretung, die deshalbige Eidesformel so zu berichtigen war, wie es die Natur dieses Beweises erfordert.“

65) v. Schlieffen g. Gem. Heiligenrode, O. A. G. Decr. 7/7 1832.

66) l. 34 §. 5 D. de jurejur. (12. 2); — Wernher P. I obs. 69. suppl. n. 1. Leyser sp. 470 m. 8; Wolf v. Gudenberg g. W. 1823.

67) Krug g. Meyer [7720] 15/6 1842, in Erw.: „daß — die richterliche Befugniß, die Eidesformel bis zur wirklichen Eidesleistung angemessen zu bestimmen oder zu berichtigen, im Allgemeinen feststeht und im vorliegenden Falle diese Befugniß auch dadurch, daß das Gericht mittelst Bescheids von — den Eid bereits regulirt hat, keine Beschränkung erleidet, indem solches nicht auf specielle Verhandlungen der Parteien über die Normirung des Eides in Beziehung auf

auf die bereits erfolgte Annahme des zugeschobenen oder referirten Eides [68]), als auf den Fall Anwendung, wenn die Partei selbst nicht mehr zu einer Verbesserung der Eidesformel befugt war, was insonderheit alsdann gilt, wenn das Gericht ihr bereits einmal jene Verbesserung nachgelassen hatte [69]). So wurde namentlich die Substitution eines gleichbedeutenden Factums, daß z. B. die Leistung an den Mandatar des Gläubigers, statt an diesen selbst, die Behändigung eines Darlehns an eine Mittelsperson ꝛc. geschehen sey, für statthaft angenommen [70]). Stets wird aber, wie bereits angedeutet worden ist (S. 239) dabei vorausgesetzt, daß

---

die fraglichen Thatumstände, also nicht mit der Wirkung der Rechtskraft geschehen ist." Heinrich g. Fisc. Pr. [7453] 23/12 1843, in Erw.: „daß Anträge auf Berichtigung der Eidesformel, in sofern die beantragte anderweite Fassung nicht bereits Gegenstand einer Streitverhandlung war und keine neue Thatsachen, welche in den Beweisantritt gehörten, geltend gemacht werden sollen, bis zur Eidesleistung zuläßig sind; — indem der Richter, wenn derselbe die Formel eines abzuleistenden Schiedseids, ohne vorhergegangene, auf den betreffenden Punct speciell gerichtete, Streit-Verhandlungen zwischen den Parteien festsetzt, nicht über Ansprüche oder Rechte der Parteien erkennt, sondern nur ein vermöge der Proceßdirection ihm zukommendes Geschäft vornimmt, worin eine zur Rechtskraft geeignete Entscheidung nicht liegt, und wodurch Einwendungen der Parteien hinsichtlich der Fassung der Formel bis zur Eidesleistung nicht ausgeschlossen sind; — daß auch die hiernach vorzunehmende Veränderung der Eidesformel keinen Gegenstand der bisherigen Streit-Verhandlungen abgegeben hat und von Geltendmachung einer neuen Thatsache dabei ebenwohl nicht die Rede ist —."

68) Grimmel g. Gösker, O. A. G. Decr. 5/9 1821; v. Kutzleben g. Hohmann [2620] 6/9 1836; Krämer g. Henkel [736] 10/11 1847; Boos g. Schehl [4946] 9/2 1839, in Erw: „— daß das Gericht, wenn es die Appellanten zur Ausschwörung des Eides über einen, dem Inhalte des Beweis-Interlocuts zufolge, überflüssigen Umstand nicht zulassen wollte, dieses mittelst einer ihm obliegenden Berichtigung der Eidesformel zu bewirken gehabt hätte; — zumal auch von dem Appellaten selbst auf nichts weiter als auf Verwerfung der jenseitigen Abweichung von der von ihm aufgestellten Eidesformel angetragen worden war."

69) Ruelberg g. Hildebrand, 1823. — Pfeiffer, pr. Ausf. Th. II S. 140.

70) v. Klenke g. Grimmel, O. A. G. Decr. 26/9 1827, Müller g. v. Papenheim, 1824; Hupe g. Kappmeier [9714] 27/11 1844; Renzel g. Auth [1958] 18/9 1851, in Erw.: „daß an der rechtlichen Bedeutung des über den — Beweissatz auszuschwörenden Eides es auch nichts geändert haben würde, wenn in der Eidesformel derjenigen Personen Erwähnung geschehen wäre, welche bei den in Rede stehenden Rechtsgeschäften, vermöge Auftrags, als Vertreter der Streittheile, concurrirt haben sollen."

dieser Berichtigung nicht bereits zweiseitige Verhandlungen über denjenigen Punct, welcher den Gegenstand derselben abgibt, vorausgegangen sind und ein Erkenntniß darauf ertheilt worden ist [71]).

Liegt nun diese Voraussetzung vor, alsdann war es ehedem Regel, daß der Berichtigung selbst zunächst ein Prälocut auf Einreichung einer besser abgefaßten Formel vorausging [72]). Nach dem Gesetze vom 16. Sept. 1834, §. 26 aber findet die Auflegung besseren Beweises nicht mehr Statt und müssen jetzt sämmtliche Beweismittel, die Eideszuschiebung mitbegriffen, innerhalb der Beweisfrist oder in dem Beweistermine in gehöriger Weise angegeben werden. Demgemäß ist denn also auch ein Prälocut auf Einreichung einer verbesserten, speciellen Eidesformel, bei welcher es mithin factischer Angaben Seitens der Partei noch bedarf, unstatthaft [73]). Hiernach kommt es folglich nur unter der Voraussetzung zu einer Berichtigung

---

71) Hanau. Wittwencasse g. Günste [8624] 8/2 1843, worin ausgesprochen wurde, daß nach Beschreitung der Rechtskraft eine Berichtigung des Eidsbescheids in Beziehung auf die Frage, wie der Eid ausgeschworen werden solle? noch zulässig sey. Vergl. auch die O. A. G. Entscheidungen S. 246 Not. 67; Gem. Langendiebach g. Isenburg B. [4529] 26/9 1839.

72) Fisc. Pr. g. Rumpf [3261] 1836; Fisc. Pr. g. Osterwald [6417] 1840.

73) Schulz g. Kix [6113] 13/4 1839; Gem. Grosauheim g. Fisc. Pr. [4392] 1838; Dietz g. Spielmann [5183] 23/2 1839; Waldeck g. Fisc. Pr. [4982] 28/3 1840; Kerst g. v. Trott [6908] 1841; Eibelshäuser g. evangel. Consistorium zu Hanau [7147] 3/2 1844; Edelsheim g. Gem. Wachenbuchen [8079] 18/10 1843; Mohringer g. v. Cornberg [8135] 17/1 1843. — Der im Text ausgedrückte Satz ist nicht unzweifelhaft. Für die fortdauernde Zulässigkeit einer Verbesserung der Eidesformel auch nach jener gesetzlichen Bestimmung läßt sich anführen: 1. Nach dem Gerichtsgebrauche zog die Mangelhaftigkeit der Eidesformel nicht sofortige Beweisfälligkeit nach sich, vielmehr, bei vorhandenem Stoffe in den Acten, amtliche Feststellung des Eides; in Ermangelung jenes: Ertheilung eines Prälocuts, das auch ertheilt wurde, wenn es sich um bessern Beweis handelte (Rotenb. Renterei g. Ringeling [9444] 1827; Theis g. v. Seiboltsdorf [1411] 1834; Fisc. Pr. g. Rumpf [3261] 1836). Und dieser Gerichtsgebrauch steht weder mit den Worten jenes §. 26 im Widerspruch, noch kann 2. aus den Motiven zum Gesetz (§. 23) die Absicht hergeleitet werden, ein jedes die Vervollständigung einer Beweisantretung bezweckendes Prälocut, wozu doch ein, nicht auf specielle Thatsachen gerichteter Beweissatz Veranlassung gibt, abzuschneiden. Gegen die Statthaftigkeit hingegen, also für die als bestehende Praxis bezeichnete Annahme streitet aber die ganze, Abkürzung des Verfahrens bezweckende, Richtung des Gesetzes, welche es gebietet, die Ein-

der Eidesformel, wenn die Verhandlungen Stoff zu einer Bestimmung der Eidesformel von Amtswegen darbieten. Die Voraussetzungen, welche alsdann für diese letztere bestehen, sind aber folgende:

1. Was das erwähnte Material zur Berichtigung der Eidesformel anlangt, so ist es außer Zweifel, daß nur im Fall ein solches vorliegt der Richter zu diesem Acte zu schreiten befugt ist [74]). Eine Veranlassung dazu bietet z. B. eine zu allgemeine Fassung des Beweissatzes, über welchen der Eid geleistet werden sollte, dar [75]). Ist nun gleich der Richter bei der Regulirung des Eidessatzes nicht an die Worte des Beweissatzes gebunden [76]), leidet namentlich die erforderliche Uebereinstimmung der Eidesformel mit dem Beweissatze [77]) darunter nicht, daß jene auf specielle Thatsachen, woraus die Wahrheit des Beweissatzes folgt, gerichtet wird [78]), — so darf doch der Richter Thatsachen, welche die producentische Partei zur Begründung ihrer zu beweisenden Behauptung nicht vorgebracht hat, in die Formel nicht aufnehmen und er verfährt nichtig, wenn er diese Grenze überschreitet [78 a]).

---

reichung einer bessern Eidesformel unter den Gesichtspunct eines bessern Beweismittels zu stellen und solche eben so wohl, wie die Zulassung specieller thatsächlicher Angaben zum Zwecke der Zeugenabhörung zu verwerfen.

74) Fisc. Pr. g. Philippsthal. Anw. O A. G. Decr. 10/5 1828; v. Dallwigksche Lehnl. g. Scherp, 26/8 1829; Becker g. Fend [4394] 12/6 1838; v. Stenglin g. Gans [4873] 20/3 1841; Klinkerfüs g. K. [7962] 21/1 1843, in Erw.: „daß das Obergericht befugt und verpflichtet war, die vom Appellaten entworfene Eidesformel nach den Acten und insonderheit nach dem Inhalte des der Beweisschrift beigefügten und als Bestandtheil derselben zu betrachtenden Vergleichs zu berichtigen", Eibelshäuser g. evangel. Consist. [7747] 3/2 1844.

75) v. Kutzleben g. Hohmann [2610] 6/9 1836.

76) Gem. Falkenberg g. v. Blumenstein [7498] 12/3 1842.

77) Stock g. Stock [8597] 16/11 1844, in Erw.: „daß, wenn gleich die Beschwerde des Appellanten ungegründet ist, doch die Eidesformel, wonach die Appellatin den ihr zugeschobenen Eid ablegen soll, einer Berichtigung von Amtswegen nach den im Beweissatz begriffenen Thatsachen erfordert rc."

78) z. B. wenn dieser nur die Einmischung in die Erbschaft zum Gegenstande hat und nun die einzelnen Facta, woraus solche zu folgern ist, in die Eidesformel aufgenommen werden, Hartmann g. Menne, O. A. G. Decr. 24/4 1819. Es muß Alles in die Formel aufgenommen werden, was durch das Beweis-Interlocut als erhebliche Thatsache zu Beweis gestellt ist, v. Wittgenstein g. Lennepsch. Conc. Contr. [2589] 1835.

78 a) Hupfeld g. Isenburg [7219] O. A. G. Decr. 3/4 1841, welches den

Es ergibt sich das, wie bereits angeführt worden ist, aus der Rechtskraft, welchen Vorbescheide (im Gegensatze von bloßen Prälocuten) für den Richter, der sie ertheilte, in Hessen haben [79]).

Wenn man in der Rechtsprechung auch mitunter des Ausdrucks sich bedient findet, daß der Eid z. B. nach der Klage rc. zu reguliren sey [80]), so fällt das doch regelmäßig mit der Normirung nach dem Beweissatz zusammen.

2. Es ist also nach dem Bisherigen Regel, nicht blos, daß der Eid nach dem vorhandenen factischen Stoffe zu reguliren sey, sondern auch, daß dieser dem präparatorischen Verfahren entnommen seyn müsse. Nur als eine singuläre Ausnahme wird man daher den Fall betrachten müssen, wo, ungeachtet sowohl im präparatorischen Verfahren, als in der Beweisantretung die zur Anstellung einer Klage aus einer cedirten Forderung wider den debitor cessus erforderliche vorgängige Denunciation nicht behauptet war, doch auf den Grund der Aussage eines Zeugen dieser Mangel ergänzt und danach die Eidesformel berichtigt wurde [81]).

---

obigen Ausspruch enthält; Möller g. Möller [6981] 19/12 1840, in Erw.: „daß zwar die Eidesformel, rücksichtlich deren Fassung, von dem Gerichte regulirt und verbessert werden kann, jedoch keineswegs von demselben statt derjenigen Thatsachen, über welche der Eid zugeschoben ist, andere in der Eidesformel substituirt werden können."

79) Fisc. Pr. g. Möller [9185] 23/1 1844, in Erw.: „daß — der Bescheid vom —, indem derselbe den über die Eingehung des Rechtsgeschäfts zugeschobenen und referirten Eid nicht zugleich, neben dem über die Verwendung abzuleistenden dem Querulaten auflegt, mit dem frühern, für den Richter, welcher denselben ertheilt hat, bindenden Bescheide (Beweis-Interlocute) im Widerspruche steht und daher in soweit nichtig erscheint."

80) Weichgrebe g. König [8562] 1/7 1843, in Erw.: „daß — die vom Obergericht vorgenommene Abänderung der Eidesformel der Klage, welche keineswegs darauf gegründet worden, daß der appellatische Erblasser jeden Tag ohne Ausnahme mit Schreiben beschäftigt gewesen, nicht entgegen, sondern dem dargestellten Verhältniß, daß er den Dienst eines Schreibers versehen habe, ganz angemessen ist"; Giesel g. Oehler [9562] 27/8 1845, in Erw.: „daß — der Eidessatz nach der von dem Kläger angegebenen factischen Grundlage zu dem in der Klage behaupteten Vertrags-Verhältnisse und in Rücksicht auf die rechtlichen Erfordernisse dazu zu reguliren ist."

81) v. Hundelshausen g. Rosenbaum [8280] 9/3 1844.

3. Endlich ist sich denn auch bei der Fassung der letzteren auf das Nothwendige zu beschränken, Ueberflüssiges daher aus der Eidesformel zu entfernen [82]).

§. 7.

In höherer Instanz.

Auch der Richter in höherer Instanz hat von Amtswegen eine unpassende Eidesformel zu berichtigen und es erscheint daher nicht blos zulässig, daß in dem Fall, wenn durch anderweite Beschwerdeführung die Sache an ihn gelangt ist, durch eine besondere Beschwerde auf jene ungeeignete Formulirung [83]) aufmerksam gemacht werde, ohne daß zu dem Ende eine vorgängige Remonstration bei dem Richter der früheren Instanz nothwendig wäre [84]); — sondern es bedarf auch nicht einmal einer solchen speciellen Beschwerde wider den die unpassende Regulirung des Eides enthaltenden Bescheid, um zur Berichtigung von Amtswegen schreiten zu können. Vorausgesetzt wird indeß auch in diesem Stadium des Rechtsstreits, daß jene Festsetzung nicht in der früheren Instanz einen Streitgegenstand abgegeben hat [85]).

Regelmäßig wird nun aber freilich die Veranlassung der Berichtigung des Eides durch die Beschwerdeführung, insbesondere auch durch die in Folge der Adhäsion vorgebrachte dargeboten werden [86]);

---

82) z. B. in Ansehung der Zeit, Willius g. Mogge [9063] 2/3 1844; Lange g. Hellmuth [8619] 24/5 1845, in Erw.: „daß die Worte „in jeder beliebigen Richtung" mit Recht in der Eidesformel gestrichen worden sind, da es nur auf den Beweis, daß überhaupt die Ueberfahrt über des Appellanten Hof stattgefunden habe, ankommt."

83) z. B. daß der Cessionar über Handlungen des Cedenten den Wahrheits- statt den Glaubenseid ablegen soll, Landgrebe g. Israel [8035] 5/8 1843.

84) Tassius g. Biesenrodt [7759] 12/2 1842; Schrader g. Scheidemann [9864] 25/3 1846; Baupel g. Ludwig [7287] 30/9 1843, in welchem Falle es zur Berichtigung in 3. Instanz kam, weil die Formel nicht mit genügender Bestimmtheit abgefaßt war.

85) Hupfeld g. Isenburg [7219] 3/4 1841.

86) Ein Fall dieser letzteren Art war folgender: Darüber, wer mit der Eidesleistung vorzugehen habe, war in v. Instanz gar nicht erkannt, vielmehr die

wenn aber der angebliche Mangel der Eidesformel in dem in der Appellations-Instanz selbst ertheilten Erkenntnisse sich finden soll, durch ein Gesuch um Erläuterung des Eidesbescheides [87]).

Um einige Beispiele der Berichtigung von Eidesformeln hier anzuführen, so wurde, ohne deshalbige Beschwerde, vom O. A. Gerichte zu Cassel solche nach dem Inhalte eines früheren Bescheides desselben resp. eines unteren Gerichtes modificirt [88]), oder ausgelegt [89]). In dem Falle ferner, in welchem die Acten ein solches Sachverhältniß ergaben, wonach der abzulegende Haupteid über specielle Thatumstände [90]), nach gesetzlicher Vorschrift und dem

---

Formel nur im Allgemeinen regulirt, ohne über das Verhältniß der von dem Kläger abzuleistenden Eide zu entscheiden, worüber auch Verhandlungen noch nicht stattgefunden hatten. Ungeachtet nun die Beschwerdeführung des Verklagten diese Richtung nicht hatte, wurde doch vom Kläger (Appellaten) darauf, daß der letztere mit der Eidesleistung hätte vorangehen müssen, eine Adhäsivbeschwerde gestützt. Das O. A. Gericht nahm daraus Veranlassung von Amtswegen die Regulirung des Eides nach dem Antrage des Appellanten zu vollziehen, Bachfeld g. Bindernagel [8896] 2/12 1843.

87) Einem solchen wurde beim O. A. Gerichte zu Cassel in folgender Weise Statt gegeben: Wird, unter Mittheilung dieser Eingabe an die Appellanten, denselben bekannt gemacht, daß die Worte in dem Eidessatze des Vorbescheids dieses Gerichts — „während 30 Jahren vor Anstellung der Klage" den Vorträgen des Appellaten gemäß, von den dem J. 1836 unmittelbar vorhergegangenen 30 Jahren zu verstehen und hiernach der dem Appellaten auferlegte Erfüllungseid auszuschwören ist, Lauer g. Fisc. Pr. [6881] 12/10 1841.

88) v. Wille g. Fisc. Pr. [3972] 15/11 1837.

89) Gem. Elmenthal g. Wolf [9195] 25/10 1845, in Erw.: „daß die Eidesformel einer Berichtigung bedarf, indem dem Interlocut, welches der Appellantin den Beweis auflegte, daß Appellat freiwillig die Ortsvorstands-Stelle niedergelegt habe, nicht der Sinn beigelegt werden kann, daß der Appellat nicht durch Zwang oder Ueberredung das Amt verloren habe, sondern nur der, daß ihm dasselbe nicht in Folge einer neuen Wahl, vielmehr in Gemäßheit seiner eigenen Erklärung entzogen worden sey, dieser Sinn des Interlocuts aber in der vorgeschriebenen Eidesformel nicht klar und deutlich ausgesprochen ist; — wird die Formel des von dem Appellaten abzuleistenden Eides dahin regulirt: daß er vor der in Gegenwart des Landraths am — versammelten appellantischen Gemeindebehörde, ehe die Wahl eines neuen Ortsvorstands vorgenommen worden sey, nicht erklärt habe, sein bisheriges Amt als Vorstand niederlegen zu wollen."

90) Witzell g. v. Baumbach [260] 4/4 1846, in Erw.: „daß der Eidesantrag nur über specielle Thatumstände zugelassen werden darf und wenn der-

Gerichtsgebrauche, nur über den Glauben und das Nichtanderswissen auszuschwören war, wurde, auch ohne deshalbigen Antrag, die Formel hiernach [91]); als es sodann um die nähere Bestimmung der Zeit sich handelte, nach der im einzelnen Falle in Betracht kommenden solche bestimmt [92]), und in ähnlicher Weise wurden die Fragen entschieden: ob und in welchem Umfange Zinsen zu leisten seyen [93])? wie der Kaufpreis vor-

---

selbe über einen so allgemeinen Beweissatz, wie der hier vorliegende ist, geschehen, dessen Unstatthaftigkeit in der höheren Instanz von Amtswegen noch zu beachten und der Schiedseid, wenn gleich der Delat, ohne dessen Zulässigkeit, wie solcher angetragen worden, zu bestreiten, ihn angenommen, oder referirt hat, nach dem in den Acten vorliegenden speciellen Stoff zu reguliren ist; — daß zur Regulirung des in der gegenwärtigen Sache referirten Eides ein solcher Stoff in der in der Replik enthaltenen Angabe der Appellaten sich darlegt."

91) v Bünau g. Lüttich [6588] 22/8 1840; Hanau. Wittwencasse g. Günste [8624] 8/2 1843; v. Wille g. Koch [6489] 4/4 1840; Hinkel g. Hupfeld [7919] 1/10 1842; v. Reisach g. Lion [2456] 9/3 1852, in Erw.: „daß die Stellung des Eidessatzes für die dermaligen Kläger auf die Glaubensform dadurch gerechtfertigt wird, daß der Eid eine actenmäßig ihnen fremde Thatsache betrifft, und hiernach schon von Amtswegen, auch ohne deshalbige Verhandlungen der Streittheile, eine Aenderung der Formel des Bescheids eintreten mußte."

92) Henne g. Steinhaus [7049] 21/8 1844: „Wird — zu Recht erkannt, daß in der ersten, den Erfüllungseid umfassenden Eidesauflage nach den Worten: „während des Zeitraums von" — noch einzuschalten sey: „oder binnen welchem kürzern Zeitraum"; v. Bibra g. Langheld [8666] 17/6 1845, in Erw.: „daß, da über die Länge des erforderlichen Zeitraums (einer Besitzausübung) bei der Eidesleistung keine Ungewißheit obwalten darf, die ausdrückliche Festsetzung eines dreijährigen Zeitraums angemessen erscheint, — wird der Bescheid des Obergerichts dergestalt bestätigt, daß in dem durch — normirten Eide, statt der Worte — die Worte — zu setzen sind;" Fisc. Pr. g. St. Gudensberg [569] 24/11 1848, in Erw.: „daß, wenn es zwar in der Hauptsache bei dem angefochtenen Bescheide verbleiben muß, doch die Eidesformel in demselben einiger Berichtigungen bedarf, welche von Amtswegen eintreten müssen, — indem (es handelte sich von einer Holzberechtigung) die Jahreszahl 1804 in 1803 zu verändern ist, da schon in dem städtischen Holzregister von 1803 die Anweisung von einem weiteren Schock Brennholz gegen Taxe, außer der darin angegebenen halben Klafter, vorkommt."

93) Barth g. Schwaner [8122] 18/11 1843: „daß — Appellant, sobald er den Eid darüber abgeleistet hat, daß er das Darlehn überhaupt nicht erhalten, nicht noch zu beschwören braucht, daß er dessen Zinsen nicht versprochen habe"; Becker g. Wittekind [6440] 21/12 1839, wonach, wenn in einer Eides-

mirt [94])? der Umfang einer Schenkgerechtigkeit näher bestimmt [95])? das in Frage stehende Mandat specieller bezeichnet werden müsse [96])? überhaupt, wie ein überflüssiger Eid [97]) und endlich Unrichtigkeiten, Unbestimmtheiten [98]) zu vermeiden seyen?

---

formel der Zinsfuß auf 5 Pct. angegeben worden ist, während in der Klage nur 4 Pct. gefordert werden, dieß in der obern Instanz von Amtswegen verbessert werden kann.

94) Muhm g. Fisc. Pr. [68] 4/7 1846, in Erw.: „daß die Eidessätze einer näheren Bestimmung bedürfen, wobei der Satz, daß dem Verklagten (Käufer) bei Ueberlieferung der Waaren die Preise als tarifmäßig bekannt gewesen seyen, als zu unbestimmt aus der Eidesformel zu entfernen und demselben die weitere klägerische Behauptung, daß dem Verklagten mit den Waaren jedesmal Rechnungen übersandt worden seyen, — zu substituiren ist, — wird der appellatischerseits abzuleistende Eid dahin festgesetzt, daß — entweder die berechneten Preise ausdrücklich bedungen, oder daß dem Verklagten mit den Waaren jedesmal Rechnungen übersandt worden seyen, — oder daß die berechneten Preise dem gemeinüblichen Preis entsprechen."

95) Scheffer g. St. Felsberg [9333] 18/7 1846: „Wird — die Eidesformel dahin näher bestimmt, daß zu den Worten: „Wein und Branntwein" hinzuzusetzen sey: „so wenig unter dieser Benennung, als in der Eigenschaft als Rum oder Liqueur" und solchergestalt der angefochtene Bescheid des Obergerichts abgeändert ꝛc."

96) Schmidt g. Schmidt [7841] 4/6 1842. Hier war ein Mandat speciell angegeben, der Eid aber nur auf allgemeine Beauftragung gestellt; ungeachtet keine Beschwerde deshalb erhoben worden war, wurde doch diesem Mangel von Amtswegen abzuhelfen für nöthig erachtet.

97) So wurde die copulative Eidesauflage über einen alternativen Beweissatz diesem gemäß in der höheren Instanz von Amtswegen abgeändert, um eine theilweise unnöthige Eidesleistung zu verhüten, Biesel g. Aprath [4474] 13/10 1838.

98) Braunachbarn zu Bodes g. v. Schenk [7910] 11/3 1843, in Erw.: „daß die Eidessätze — in soweit einer Berichtigung von Amtswegen bedürfen, als unrichtig das Jahr 1806 statt des J. 1808, als die Zeit des Eintritts der westphälischen Verfassung, in dem ersten Beweissatz sich angegeben findet, und als im zweiten die Worte: „auch daß weder sie, noch ihre Vorfahren den gedachten Zins jemals als Locarium pachtweise bezogen haben" hinwegfallen müssen, da die diesen Worten entsprechende Behauptung der Appellanten theils in Hinsicht des Empfängers zu unbestimmt, theils aber zu einer Eidesablage um deswillen nicht geeignet ist, weil sie nur zur Unterstützung der zu Beweis gestellten früheren Behauptung des Appellanten aufgestellt worden, und ohnehin nur auf einem Urtheile beruhet."

§. 8.

Folge der Berichtigung der Eidesformel.

Es ist in dieser Beziehung nur des Kostenpuncts zu erwähnen. Eben weil aber nach dem Bisherigen die Berichtigung der Eidesformel von Amtswegen geschieht, hat auch dieselbe keinen Einfluß auf den Kostenpunct [99]).

§. 9.

Verbindung verschiedener Eidesformeln mit einander.

Nach der rechtlichen Verschiedenheit der einzelnen Eide kommt in dem Erkenntniß auf dergleichen nicht selten eine Häufung derselben bald in copulativer, bald in alternativer Form und Folge vor. Einige Beispiele werden das erläutern:

Die Aufeinanderfolge der Eide beider Streittheile ist in der Regel durch die processualische Folge der Handlungen zu bezeichnen, worauf jene sich erstrecken, so daß also der auf die Klage sich beziehende Eid, welcher aus einer Reihe einzelner, dem Schwurpflichtigen zur Wahl anheim zu stellender, Sätze bestehen kann [1]), vor dem die Einreden betreffenden geleistet wird [2]).

Handelt es sich um den Beweis von Handlungen, welche einen vorgefallenen Irrthum wahrscheinlich machen, es ist aber solcher durch den Eid zu ergänzen, so kann, wenn aus jenen, nun-

---

99) Endorf g. G. Rumbeck [5138] 4/9 1839; Höfer g. Hartmann [9078] 16/8 1845; Arnd g. Fuld. Leihhaus [9675] 6/11 1844; Kümmel g. Leisler [4968] 8/12 1838, worin erkannt wurde, daß die in der Appellations-Instanz gerichtsseitig vorgenommene Berichtigung der Eidesformel über eine dargeliehene Summe dahin, daß nach der Benennung dieser Summe die Worte: „oder wie viel weniger" hinzuzufügen seyen, keinen Grund zur Vergleichung der Kosten in der gedachten Instanz abgebe, da die Berücksichtigung eines etwaigen Minderbetrags sich so sehr von selbst verstehe, daß es deshalb einer Berufung nicht bedurft habe und es dem Kläger unbenommen bleibe, in jedem Augenblicke seine Forderung herabzusetzen.

1) Fisc. Pr. g. Basse [3341] 1836.

2) Herpel g. Lion [7856] 20/1 1844.

mehr vollbewiesenen, Thatsachen eine Wahrscheinlichkeit des Irrthums sich ergibt, diese durch einen weiteren, mit jenem verbundenen, nothwendigen Eid zur Gewißheit erhoben werden [3]). So schwört ferner der Verklagte: daß er vom Kläger ein Darlehn nicht ausbezahlt erhalten habe und, für den Fall der Verweigerung dieses Eids, daß er das Darlehn so oder so zu verzinsen nicht versprochen habe [4]).

Successiv wird ferner zu beschwören auferlegt: der Restitutionseid mit dem Schiedseid [5]); der deferirte und der Schätzungseid [6]); der Erfüllungseid sowohl über die Aechtheit einer Quittung, als über die darin erwähnte Zahlung [7]); eben so der Diffessionseid und, für den Fall der Ausschwörung desselben [8]), oder der Verweigerung [9]), der Schiedseid.

In alternativer Fassung kann der Eid beim Streit über Wahrheit und Glauben vorkommen, z. B. dahin: entweder, daß

---

3) Schäfer g. Moses, O. A. G. Decr. 23/6 1832.

4) Barth g. Schwaner [8122] 18/11 1843.

5) Happel g. H. [7851] 26/9 1843; Gem. Cyriaxweimar g. Heuser [8587] 23/9 1845; Bechtel g. Neuhof [55] 31/3 1847.

6) Schrader g. Scheidemann [9864] 25/3 1846.

7) Laubach g. Laubach [3869] 26/7 1837. In diesem Fall wurde die Quittung wegen ihrer theilweise undeutlichen und unbestimmten Fassung als zum Beweis der Zahlung nicht genügend, aber doch, in Verbindung mit dem Inhalte der Aussagen zweier Zeugen, für soweit erbracht angenommen, um dem Producenten auch über den Beweis der Zahlung selbst den Erfüllungseid nachzulassen, was denn auch dahin geschah: „Wird dem Appellaten der Erfüllungseid und zwar zunächst dahin, daß die producirte Quittung vom L. eigenhändig unterschrieben sey; nach dessen vorgängiger Ableistung aber weiter dahin, daß er die 200 Thlr. Kaufgeld auf die angegebene Weise an L. am — wirklich abgetragen habe, auferlegt."

8) So wurde erkannt, als es sich um die Richtigkeit einer Urkunde, die nicht als solche, sondern nur wegen der darin bezeugten Uebereinkunft in Betracht kam, handelte, Wilhelm g. Fischer [8739] 18/9 1844.

9) in Erw.: „daß — in der alternativen Auflage des Diffessionseides oder der Ausschwörung des angenommenen Schiedseids ein Widerspruch zum Nachtheil des Querulanten sich nicht darlegt, da danach, falls die Querulaten den erstern Eid nicht leisten wollen und demzufolge die Urkunde für ächt zu halten ist, es zur Ableistung des letzteren Eides kommen muß und mithin ihnen die Wahl zwischen der Ausschwörung des einen oder des andern Eides zu lassen ist," Steinbrecher g. Fröhlich [366] 31/3 1846.

der Appellat den ihm referirten Eid dem Glauben nach zu leisten habe, oder zu verlangen berechtigt sey, daß ein Dritter der Wahrheit nach den Eid ausschwöre [10]). Diese Form tritt ein, wenn der den Gegenstand der Eidesleistung bildende Beweissatz in mehrere Glieder zerfällt, von denen jedes bewiesen werden muß, wenn der Producent nicht beweisfällig werden will [11]).

§. 10.

Pfarramtliche Vorbereitung zur Eidesleistung.

Die Grundsätze, welche in Beziehung auf die Vorbereitung zur Leistung des Eides und diese letztere selbst gelten und bei früherer Veranlassung an diesem Orte [12]) ausgeführt worden sind, finden auch bei den Notheiden Anwendung. Insbesondere ist damals, nach Maaßgabe der Natur des Eides, als einer religiösen Handlung, das Verhältniß des zuständigen Geistlichen zum Schwurpflichtigen in Ansehung seiner Pflicht, denselben über jene in der gehörigen Weise zu belehren, so wie insbesondere die Angemessenheit einer Aussetzung der Leistung des Eides in dem Falle, wenn

10) Witzell g. v. Baumbach [260] 4/4 1846.

11) Müller g. Dernbach [1556] 2/3 1849, in Erw.: „daß die in erster Instanz geschehene Regulirung des Reinigungseids einer Berichtigung bedarf, — da Appellant die Abgabe des Versprechens von Seiten des Appellaten und dessen Acceptation von seiner Seite zu beweisen, — mithin Appellat nur die Unwahrheit des einen oder des andern Umstandes zu beschwören hat;" — Wentzel g. Schuld [394] 22/3 1850, in Erw: „daß Appellat mit Recht adhärendo geltend gemacht hat, daß der O. G. Bescheid ihm nur eine zweifache Alternative bei der Eidesleistung zulasse, da in dem zweiten Beweissatze allerdings zwei Sätze (die Anmeldungen und das Zahlungsanerbieten) von copulativer Bedeutung vorliegen und da hiernach schon die eidliche Verneinung eines der drei Sätze die Beweisfälligkeit des Appellanten zur Folge hat, dem entsprechend die alternative Ausschwörung des Eides dahin regulirt werden muß: daß ihm (Appellaten) die elective Verneinung der drei in den Beweissätzen des Bescheids — enthaltenen Behauptungen nachzulassen ist, und Appellant nur für den Fall, daß jener keinen der drei fraglichen Eide ableistet, den ihm auferlegten Eid auszuschwören hat."

12) Abth. II S. 402 fg.

durch das Organ der Kirche, nach vorgängiger Prüfung, die zeitweilige Unfähigkeit jener Partei ermittelt sey, angedeutet worden [12a]).

Die in dieser Hinsicht in Bezug genommenen Grundsätze sind in einem in jüngster Zeit in höchster Instanz in Hessen entschiedenen Rechtsfalle anerkannt worden. Es ist also diese Entscheidung namentlich in Beziehung auf die Bedeutung, welche der pfarramtlichen Eidesbelehrung darin beigelegt wird, von besonderem Interesse.

In Folge einer auf Satisfaction und Alimentation gerichteten Schwängerungsklage hatte nämlich die Klägerin dem Verklagten den Schiedseid über die fleischliche Vermischung mit ihr zur zutreffenden Zeit zugeschoben, welcher denn auch vom Verklagten angenommen und gerichtsseitig ihm auferlegt wurde. In dem zur Eidesleistung anberaumten Termine producirte der Verklagte, in Gemäßheit bestehender Ordnung, eine Bescheinigung seines Seelsorgers über die stattgehabte Eidesbelehrung; in dieser hatte der letztere indessen bemerkt, daß er dem Verklagten zwar die Wichtigkeit des Eides und die traurigen Folgen des Meineids vorgehalten habe, dabei aber nicht verschweigen könne, daß der Verklagte mindestens seit 5 Jahren nicht zum heiligen Abendmahl gegangen sey, so wie, daß er erst mit Hilfe des Katechismus darüber habe Auskunft geben können, in welchem Gebote vom Eide die Rede sey Bei Ueberreichung dieser Bescheinigung erklärte sich der Verklagte zur Eidesleistung bereit. Das Gericht ging darauf mit ihm den Eidessatz durch; der Verklagte verblieb dabei den Eid ausschwören zu wollen, da er wenigstens nicht zur zutreffenden Zeit den Beischlaf mit der Klägerin vollzogen habe. — Hierauf setzte das Amt einen andern Termin an und lud den gedachten Seelsorger zur Assistenz beim Act der Eidesabnahme ein. In diesem Termine (11. Nov. 1856) legten die Aeußerungen des Schwurpflichtigen seine unklare christliche Erkenntniß namentlich in Beziehung auf den Eid dar, so daß der Seelsorger sich zu der amtlichen Erklärung veranlaßt sah, daß der Verklagte zur Eidesleistung nicht hinreichend befähigt erscheine. Das Gericht vereinigte sich mit diesem Ausspruch, zumal der Verklagte im Schwörungstermin den, längere

---

12a) Abth. I S. 288 fg.; II S. 426 fg.

Zeit fortgesetzten, geschlechtsvertraulichen Umgang mit der Klägerin zugestanden habe; und gab nunmehr dieser Annahme der Eidesunfähigkeit des Verklagten die Folge, daß es den letzteren aufforderte, über die Zurückschiebung des Eids an die Klägerin sich vernehmen zu lassen; worauf jedoch derselbe den Eid nicht referiren zu wollen erklärte. Diese Weigerung hielt indessen das Justizamt (den 12. Nov. 1856) für unzulässig und setzte Schwörungstermin an, worin die Klägerin den Eidessatz affirmativ erhärten sollte. Gegen dieß Erkenntniß appellirte der Verklagte und erwirkte in 2. Instanz ein den frühern, ihm den Eid auferlegenden, Bescheid widerherstellendes Erkenntniß. Es wurde darin angenommen, daß die von dem Seelsorger zur Begründung seiner geäußerten Ansicht angeführten Umstände überall nicht für genügend angesehen werden könnten, um den Verklagten zu dem angenommenen Schiedseid nicht zuzulassen, und daß eben so wenig aus dem übrigen Inhalt der Verhandlung im Termin ein Grund für die Annahme der Eidesunfähigkeit des Verklagten zu entlehnen sey.

Nunmehr wendete sich die Klägerin an die dritte Instanz und hier wurde zwar die obergerichtliche Entscheidung, jedoch mit dem Zusatze bestätigt, daß der Schwörungstermin mit einem Zwischenraum von wenigstens drei Monaten anzuberaumen, dem Verklagten aber unterm Nachtheile der Eidesweigerung die Beibringung einer Bescheinigung seines Seelsorgers in diesem Termine, dahin, daß er die zur Eidesleistung zureichende Erkenntniß der betreffenden christlichen Religionslehre erlangt habe, aufzugeben sey,

in Erw.: „daß die Eidesdelation in ihrer heutigen Anwendung nicht sowohl als Vertrag, sondern vorwiegend als Beweismittel und der Eid selbst als eine religiöse Handlung in Betracht kommt;

hiernach aber die rechtliche Zulässigkeit und Wirksamkeit eines solchen Eides dadurch bedingt erscheint, daß demselben die nothwendigen Voraussetzungen, unter denen derselbe als religiöser Act erst seine Bedeutsamkeit erhält, nicht abgehen;

und dem Richteramte, vermöge der ihm obliegenden Aufsicht über die Anwendung dieses Beweismittels obliegt, die Eidesleistung zu verhindern, sofern sich erhebliche objective Gründe für das Nichtvorhandenseyn der gedachten Voraussetzungen ergeben;

daß, in Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall, das actenmäßig gemachte Verhalten des Appellaten überhaupt, namentlich im Termine den 11. Nov. 1856, und die darüber abgebene bestimmte Erklärung des Seelsorgers des Appellaten, wonach Appellat so unklare Vorstellungen von den Grundlehren des Christenthums zu erkennen gegeben haben soll, daß ihn der gedachte Seelsorger zu einer Eidesleistung nicht für hinreichend befähigt erachtete, für das Richteramt zulänglichen Grund abgeben mußte, die Eidesleistung in jenem Termine nicht vornehmen zu lassen;

indem das gedachte Urtheil der vom Staate anerkannten kirchlichen Behörde des Appellaten über die religiöse Ausbildung des letztern, auch ohne speciellere Begründung und abgesehen von dem für dessen Richtigkeit in der registrirten Aeußerung des Appellaten über den Tod Christi sich findenden erheblichen Belege [13]), von dem Richteramte berücksichtigt werden mußte;

daß das solchergestalt constatirte Hinderniß der alsbaldigen Eidesleistung jedoch weder zur Nöthigung des Appellaten, den Eid zu referiren, noch, bei dessen Weigerung zu letzterem, zur Uebertragung der Eidesleistung auf die Appellatin führen konnte;

vielmehr dem Appellaten vorerst eine Frist gestattet werden muß, während welcher er sich muthmaßlich die ihm fehlende, hier erforderliche, vollständigere Erkenntniß mit Hilfe des zu diesem Zwecke von ihm zu ersuchenden Seelsorgers verschaffen kann;

daß demnach auch die Aufhebung des Untergerichtsbescheids vom 12. Nov. so wie die Wiederherstellung des U.-G.-Bescheids vom 12. Oct. v. J. sich rechtfertigt" [14]).

---

13) Darüber vom Seelsorger befragt, hatte der Verklagte geäußert: „Christus sey am Galgen gestorben."

14) Kell g. Bürger [4891] 16/10 1857.

Vierter Abschnitt.

Der Diffessions-Eid.

§. 1.

1. Gesetzliche Begründung.

Bei der Frage, welchen Weg der beweisführende Theil einzuschlagen habe, wenn er mit Privaturkunden [15]) seinen Beweis antreten will, deren Aechtheit der Gegner den Glauben versagt? gewährt zunächst die Betrachtung des Entwickelungsgangs der auf diesen Eid sich beziehenden Grundsätze [16]) einen Beleg für die auch sonst oft entgegentretende Erfahrung, daß gar manche eigenthümliche deutschrechtliche Institute im Zusammenstoß mit dem eingeführten römischen und canonischen Rechte, wenn nicht gänzlich beseitigt, doch bis auf völliges Unkenntlichwerden modificirt worden sind. So besteht zwar insbesondere noch der genannte Eid, aber nur dem Namen nach, indem an seine ursprüngliche deutschrechtliche Bedeutung nur Einzelnes noch erinnert.

---

15) Nur bei solchen, nicht auch bei öffentlichen Urkunden ist von einer Diffession die Rede; daher denn auch z. B. archivalische, oder den Registraturen einer Lehnkammer entnommene, ihrer Form nach das unverkennbare Alter derselben an sich tragende, Documente die Vermuthung der Aechtheit für sich haben und für solche erachtet wurden, die der Diffession nicht unterlägen, Schaumburg Lippesche Lehnkammer g. Bachellée [4083] 20/3 1838. Eben so wurde, als eine Partei von dem gegnerischen Stadtrathe über eine von diesem unterm Siegel ausgestellte Urkunde die Leistung des Diffessionseids begehrt hatte, solcher für unstatthaft erklärt, Groß g. Stadt Frankenberg [6154] 19/9 1840.

16) Vergl. vorzüglich: Ortloff, vom Diffessionseid, Zeugenrecognition rc. (in d. jurist. Abhandl. rc. v. Ortloff, Heimbach rc.) Jena 1847.

Es ist eine schon vielfältig angedeutete Uebereinstimmung zwischen dem Erfolg, welcher alsdann, wenn ein mündlicher und in dem Fall, wenn ein schriftlicher Vertrag eingegangen war, in Beziehung auf die Vertheidigung des Verklagten nach älterem deutschem Rechte eintrat [17]), daß nämlich der letztere entweder „bekennen oder schwören", d. h. das mündliche oder schriftliche Geständniß der Schuld ableugnen mußte [18]). Umgekehrt konnte aber auch der Verklagte, wenn er auf Handlungen des Klägers sich bezog, wodurch dieser ihn von seiner Schuld frei gegeben hatte, im Gegensatz zu demjenigen Fall, wo der Verklagte allein nur handelnd aufgetreten war, — wo er er dann mit Eidhelfern oder mit Gericht nur sich befreien durfte, — vom Kläger verlangen, daß derselbe, z. B. über die darüber von demselben ausgestellte Quittung, eidlich sich reinige [19]).

Auch bei Urkunden dritter Personen, insofern solche für den Gegner erheblich waren, insonderheit, wenn es sich von einer Schuld, die als solche vom Erblasser auf den Erben übergegangen war, handelte, mußte der letztere, auf des Gläubigers Verlangen, entweder die Schuld bekennen, oder „davore sweren", also dieselbe eidlich ableugnen [20]); was dann dahin führte, daß der Erbe auch rücksichtlich der von seinem Erblasser herrührenden Urkunden eidlich sich reinigen konnte.

Verschieden von diesen kurz angedeuteten Grundsätzen des deutschen war das Princip des römischen Rechtes, wonach stets die Partei, welche auf eine Privaturkunde ihren Anspruch grün-

---

17) Walch opusc. T. III p. 492; Heffter System 2c. §. 251. Not. 219; Planck, d. Recht der Beweisführung, nach ält. deutsch. Verf. (Zeitschr. für deutsch. Recht 2c. B. X S. 301, Not. 211.)

18) Ueber die darüber, besonders über die Anwendung dieses Satzes auf schriftliche Gelobde, vorhandenen Belege aus den Stadtrechten und Rechtsbüchern schon des 14. Jahrhunderts, insonderheit des Goslarschen Stadtrechts, des Rechtsbuchs nach Distinctionen, des Culmischen Rechts, der Glossen zum Sächsischen Lehnrecht, vergl. Ortloff a. a. O. S. 8 fg.

19) Richtsteig des Sächs. Landrechts, Cap. VIII: „Spricht er aber, er hab das vergolten, das mus er selbdritte beweysen; spricht er aber, yhener hab yhn losgelassen, des wird yhener los mit seinem eyde." Vergl. Ortloff, a. a. O. S. 10.

20) Sächs. Landr. I. 6, 3; Ortloff, a. a. O. S. 11.

dete, im Fall solche rücksichtlich ihrer Aechtheit vom Gegner bestritten wurde, diese Eigenschaft derselben, sey es durch Zeugen, oder Schriftvergleichung, oder Zuschiebung des Eides beweisen konnte [21]).

Inzwischen blieben diese Gegensätze beider Rechte nicht unvermittelt. Sowohl der Beweis der Aechtheit, wie er im deutschen Rechte in dem Reinigungs-, später s. g. Diffessions-Eid — Verleugnungs-,[22]) besser: Ableugnungs-Eide — als der römischrechtliche Aechtheitsbeweis, wie er so eben angedeutet worden, bestand, wurde durch die Glosse über das römische Recht, insonderheit durch die auf den richterlichen Notheid sich beziehende, in sofern wesentlich modificirt, als, im Gegensatz zum römischen Rechte, einer Privaturkunde in dem hier fraglichen Sinne allerdings, aber nicht dergestalt, wie es nach deutschem Rechte geschah, vielmehr nur in soweit Bedeutung beigelegt wurde, als man annahm, daß derjenige, welcher auf ein solches Document sich beziehe, stets einige Vermuthung für sich habe. Diese zwiefache Auffassung macht daher nöthig, die aus diesen verschiedenen Rechtsquellen entnommenen Grundsätze hier kurz anzudeuten.

Den Satz, daß Urkunden, welche ein außergerichtliches Geständniß des Gegners enthalten, ohne öffentliche Beglaubigung oder Anerkennung Seitens des letzteren gegen den Producten beweisen, drückten ältere Processualisten so aus: Instrumente seyen vor ihrer Recognition »corpori sine anima, arbori sine fructibus, herbae sine radice« zu vergleichen [23]).

Wenn nun der Product die Urkunde nicht anerkennen will, alsdann liegt dem Producenten

1. einmal ob, die Aechtheit jener darzuthun [24]). Hierzu

---

21) l. 24 D. depositi (16. 3); l. 56 de verb. sign. (50. 16); l. 15 §. ult. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5); l. 16, 20 C. de fid. instrum. (4. 21); l. 24 C. ad leg. Corn. de fals. (9. 22); Nov. 18 c. 8; Nov. 73.

22) So nennt ihn: Schneider, v. rechtl. Beweis (2. Aufl.) S. 136, wohl gegen den Sprachgebrauch, der dieß Wort auf die Sache bezieht, statt daß es auf die Person beschränkt wird.

23) Lange proc. jur. civ. et Sax cap. 50 n. 2.

24) l. 16 (rest.), 20 C. de fid. instr. (4. 21); l. ult. C. ad L. C. de

konnte er sich nach römischem Rechte entweder der Zeugen [25]), oder der Sachverständigen zum Zwecke der Schriftvergleichung [26]) ꝛc. daneben aber auch der, in neueren Gesetzbüchern nicht überall und nicht unbeschränkt [27]) zugelassenen [28]), Eideszuschiebung [29]) bedienen.

2. Wegen der mit der Eidesdelation verbundenen, insbesondere durch die Relation veranlaßten, Weiterungen der Beweisführung mußte indessen eine freiere Form für den Eid dergestalt, daß der Product alsbald zur eidlichen Ableugnung der Urkunde, im Fall er dessen Anerkennung ablehne, veranlaßt wurde, als Bedürfniß sich darstellen. Das Verlangen des Producenten dabei bezog sich darauf, es solle sich der Gegner von der Existenz des ihm vorgehaltenen schriftlichen Bekenntnisses losschwören, in der That also einen Reinigungseid leisten. Es muß daher die Frage entstehen:

---

fals. (9. 22); Nov. 18 c. 8; Nov. 73 c. 1, 4, 7; — c. un. X. ut eccl. benef. (3. 12). Hier soll den überführten Producten die poena dupli treffen (nach Nov. 118 c. 8).

25) Gesterding, Ausbeute, Th. II, S. 411 fg.

26) l. 16 pr., l. 20 C. 4, 21. Nov. 73 c. 1, 4. 7. — Ueber die Frage: ob Derjenige, welcher den Beweis der Aechtheit einer Urkunde durch Schriftvergleichung führe, vom Gegner die Niederschreibung eines ihm vor Gericht zu dictirenden Aufsatzes verlangen könne? s. Mittermayer in d. Zeitschr. f. Civ. R. u. Proc. B. III Nr. 8, u. Schweickart, eben das. B. V Nr. 14, S. 340 fg.; Hannov. U. G. O. v. 1829 §. 85.

27) z. B. der Würtembergsche Gesetz-Entwurf läßt (Art. 690) sie nur rücksichtlich solcher Urkunden des Producten zu, die von ihm selbst, oder von Personen, für deren Handlungen er haftet, oder von seinem Rechtsvorfahren ausgestellt seyn sollen.

28) Die Zulassung des Schiedseids vereinfacht zwar das System, bietet aber freilich in praktischer Hinsicht keinen Vortheil. Vielmehr liegt es im Interesse des Producenten den Producten sofort zur Erklärung zu verpflichten, ob er im Fall der Ableugnung der Urkunde die Nichtausstellung derselben eidlich bekräftigen könne, indem Mancher, der ein einfaches Leugnen für ein völlig erlaubtes processualisches Vertheidigungsmittel hält, dennoch Anstand nehmen wird, es durch ein Erbieten zum Eide feierlich zu bekräftigen. Der in der Möglichkeit des Referirens des Schiedseids gewährte Vortheil ist deshalb bedenklich, weil er nur dann zulässig wäre, wenn der Producent der Wahrheit nach zu schwören vermöchte.

29) Nov. 18 c. 8 (l. 4 C. de non num. pec. 4. 30): „nisi sacramento illato confiteatur.“ Nov. 3 c. 4.

ob die Voraussetzungen eines solchen in dem gedachten Falle vorliegen? in welchem Sinn demnach, neben jenen Principien des römischen Rechtes, dem deutschen in dieser Hinsicht Wirkung noch beizulegen sey? Bereits früher (S. 213) ist ausgeführt worden, daß bei dem Reinigungseide in seiner späteren Entwickelung eine wider den Schwörenden bestehende Vermuthung unterstellt wird; es käme daher darauf an, ob eine solche dem Producenten, dem Producten gegenüber, zur Seite steht? Diese Frage führt auf die Bedeutung, welche den wider ihre Aussteller producirten Privaturkunden beizumessen ist. Ließe sich aus einem solchen vom Producten angeblich ausgestellten Documente die Vermuthung seiner Aechtheit herleiten, dann würde man die zuletzt aufgestellte Frage zu bejahen haben. In dieser Hinsicht ist nun bekannt, daß lange Zeit hindurch bei unsern Voreltern eine besondere Achtung für Urkunden sich kund gab; weshalb sie denn auch, selbst wenn sie Privaturkunden waren, eben so viel Beweiskraft hatten, als wenn das Geschäft vor Gericht gemacht worden wäre [30]). Zwar hing die volle Glaubwürdigkeit einer solchen vom Vorhandenseyn der angehängten Siegel, des eignen und der Instruments-Zeugen [31]), ab; inzwischen wurden doch auch unbesiegelte Privaturkunden als Beweismittel gegen den Aussteller zugelassen, indem die Praktiker einer solchen den Werth einer Anzeige, und deshalb die Bedeutung beilegten, daß sie dadurch im Nichtanerkennungsfalle den Aussteller für verpflichtet hielten, den Reinigungs-, oder später s. g. Diffessions-Eid abzulegen [32]). Die Annahme dieser rechtlichen Folge weist auf die Auslegung der hier angeführten Stellen des römi-

30) Rechtsbuch Ludwigs v. Baiern, Cap. 116.

31) Das. Cap. 111: „Ez sol auch dhain fraw dhainen brief für tragen, noch chraft haben, den sie von irem wirtt hat mit sein ains insigel, ez seyn dann ains seins freuntz insigel dabey oder ain ander gewartz insigel, oder des gerichtz insigel, dez man an offener schrann begert; und daz ist darumb erfunden, daz die fraw den mann an dem pett hat vnd daz Insigel in dem Schrein.“

32) Termineus, gerichtl. Proc. d. geschr. Rechts (J. 1565) p. 187: »si debitor negat sua manu scriptum (sc. antipocham) et contenta in ea, et tunc si partes subscripserunt et tres testes interfuerunt saltem, vel etiam subscripserunt, plene quoque probat —. Alias scriptura sola non sufficit ad probationem, licet qualequale indicium faciat, de Auth. si quis, et ad. in l. admonendi (31) D. de jurejur.« P. 189: »Epistolae sunt litterae, quas absens mittit absenti. Et haec si est con-

schen Rechts [33]) durch die Glosse hin, wonach einerseits eine »scriptura privata inducit aliquam conjecturam«, und andererseits, beim Vorhandenseyn einer solchen, die Auflegung des Eids nicht für zu hart erklärt wird, »quasi quilibet posset aliquam scripturam confingere, ut sic ei deferatur sacramentum, propter timorem falsi, quem incurreret«. Das war auch die Ansicht, welche von den späteren italienischen Juristen vertreten wurde [34]) und der in Deutschland von den Processualisten, unter Bezugnahme auch auf eine, freilich wenig entscheidende, Bestimmung des canonischen Rechts [35]), unter Billigung reichsgesetzlicher Vorschriften [36]) und der Praxis, Geltung zu Theil wurde. Vorzugsweise findet sich aber diese Lehre in Sachsen durch Praxis und Gesetz [37]) ausgebildet, wie denn schon Carpzov [38]) bezeugt:

---

fecta per debitorem, tunc plene probat. Si autem facta per alium tertium, et non debitorem, et tamen sigillum debitoris, tunc etiam plene probat. Sin autem non habet sigillum et debitor negat sua manu scriptam, tunc venitur ad comparationem literarum, quae facit semiplenam probationem, de qua re vid. dd. in l. Comparationes de fid. instr.« Wenn gleich die Bezugnahme auf die l. 31 D. de jurejur. und auf den halben Beweis, als Folge der Schriftvergleichung, auf den Erfüllungseid als Folge hinführen würde, so kann doch nach der processualischen Lage des Producten, gegen welchen die Urkunde producirt wird, daran nicht und nur an einen Reinigungs- resp. Diffessions-Eid gedacht werden. Chil. König, Practica ꝛc. (J. 1581) Cap. 97; Eichhorn Rechtsgesch. Th. III §. 461 Not. f. (S. 444).

33) zu l. 31 D. de jurejur. und Nov. 73 c. 4.

34) Vergl. hierüber besonders: Wetzell a. a. O. S. 152.

35) z. B. Ummius, process. judiciar. XVII §. 24 (p. 746): »Tenetur autem reus instrumentum productum et ejus sigilla recognoscere vel diffiteri, idque sub juramento, c. 3 X. de fidejuss. (3. 22).« Knorre, Anleitung zum gerichtl. Proceß (3. Aufl. 1751) 12. Hauptst. §. 18 (S. 166).

36) In der R. K. G. Ordn. v. 1555 Th. I Tit. 30 §. 7 wurde zwar nur bestimmt, daß die Partheyen Macht haben sollen, die wider sie producirten Brieff und Schrifften zu besichtigen und ihre Einrede, ob sie die wider sichtbarliche Argwöhnigkeit oder Gebruch der Sigel, Signeten oder Schrifften derselben hätten fürzuwenden, — im J. R. Absch. v. 1654 §. 39 aber vorgeschrieben: „Es solle der Beklagte auch in puncto recognitionis auff des Klägers Erfordern sich der Gebühr recognoscendo vel diffitendo unter gewöhnlicher Präjudiz und Straffe der Procuratoren vernehmen lassen.“

37) Sächs. Proc. u. Gerichtsordn. v. 1622, XXV. 2; Erläut. XXV §. 2 fg.

38) process. jur. in foro Saxon. (ed. 5, 1708), Tit. XII art. 5 §. 5 (p. 348).

»Cum — ex consuetudine inveterata in foro Saxonico obtinuerit, legeque expressa firmatum fuerit, ut scripturae vel instrumento, absque praevia adversae partis recognitione, fides non habeatur, nec tamen neganti, ac propterea recognitionem renuenti credatur; juramento tum is assertionem negativam confirmare tenetur et jurato diffiteri scripturam vel instrumentum; quod propterea dicitur juramentum diffessionis«.

Wie in andern deutschen Territorien [39]), wurden auch in Hessen seit dem 17. Jahrhundert dahin einschlagende gesetzliche, auf das gemeine Recht zurückweisende, Vorschriften, erlassen. So wurde nicht allein durch die Sammt-Hofgerichts-Ordnung v. 5. May 1673 [40]) die Zulässigkeit des Diffessionseids bei Privaturkunden [41]), mit Vorbehalt des Beweises der Aechtheit, so wie des Beweises des Gegentheils nach erfolgter Ausschwörung jenes, anerkannt, sondern auch später Aehnliches für die oberen [42]) und unteren [43]) Gerichte wiederholt bestimmt.

39) Vergl. Naevius, tr. de juram. cap. VIII §. 1 p. 251.

40) (I. 213) §. 10: „Wofern — das Gegentheil eines oder mehr Originalia nicht agnosciren, oder aber diffitiren würde, so soll dem producirenden Theil solche Originalia in andere Wege beglaubt zu machen, eine gewisse Zeit angesetzet werden und soll ihme die Agnition auf des Gegentheils Ayd außzustellen, nichts desto weniger aber ferner Beweißthum per recognitores oder andere Wege vorbehalten seyn". Im §. 11 wird für den Fall der Unterlassung der Diffession oder Recognition Seitens des Producten etc. weiter bestimmt: „mag ihn sein Gegner darum contumaciren, darauff ers alßdan nochmahls recognosciren oder diffitiren soll und wan er sie diffitiren würde, mag der Producent dasjenig, so diffitirt ist, wie recht verificiren, oder wan ers nicht thun würde, dasselbig in Recht entgelten."

41) Eine in ungenügender Weise beglaubigte Urkunde, wenn also z. B. in Beziehung auf die von mehrern Ausstellern unterzeichnete, die Beglaubigung ohne Angabe der Zahl und Namen jener geschehen war, gilt als Privaturkunde und unterliegt der Ausschwörung des Diffessionseids, Wilhelm g. Fischer [8739] 18/9 1844.

42) Canzlei-Ordn. v. 9. May 1713 §. 7 (I. 214), wonach die Procuratores — die Documente oder Urkunden, welche in vorigen Schriften copialiter oder extractsweise beygelegt worden, in Originali produciren und solche sobald der Gegentheil entweder ad protocollum agnosciren oder allenfalls, da die Regierung solches für nöthig befinden würde, jurato diffitiren und sodann ad sententiam schließen sollen."

43) U. G. Ordn. v. 9. Apr. 1732 Art. IV §. 14 (I. 347): „Bei Führung

Neuere Proceß-Gesetzgebungen, resp. Entwürfe zu solchen, wie z. B. die Badensche Proceßordn. §. 451, der Württembergische Entwurf, Art. 708, die Hannoversche Proceß-Ordnung vom 8. Nov. 1850, §. 337, haben diesen Eid mit mehr oder minderen Modificationen, deren später gedacht werden wird, beibehalten und die älteren sind größtentheils mit den neueren Juristen über die rechtliche Begründung desselben einig.

§. 2.

2. Rechtliche Natur und Form des Eides.

I. Der Diffessionseid ist, je nach der verschiedenen Grundlage, welche man nach dem im §. 1 Bemerkten, ihm zu geben versuchte, unter sehr verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten aufgefaßt worden.

1. Man hat ihn einmal für einen speciellen Calumnien-Eid [45]), also für einen solchen Eid gehalten, wodurch der Schwörende bekräftigen soll, er handle nicht aus Chicane wider den Gegner, sondern im Glauben an die Gerechtigkeit seiner Sache. Da indessen nicht selten auch falsche Urkunden producirt werden, überdies aber durch den Diffessionseid, abweichend von dem Gefährdeeid, eine materielle Streitfrage entschieden wird, endlich auch die Form beider Eide wesentlich von einander abweicht, so stellt

---

des Beweises durch schriftliche Urkunden sollen die Partheyen ihre Documenta, worauf sie sich agendo vel excipiendo gründen, sobald Anfangs ihren Verhandlungen abschriftlich beyfügen und ad acta geben. Diesemnach haben unsere Beamten — die Originalia (wann solche in Privat-Urkunden (*) bestehen und derjenige, gegen welchen selbige allegiret, geschriebenes lesen kann) produciren und deren Unterschrift vom Gegentheil agnosciren oder jurato diffitiren zu lassen und darauf weiter zu verfahren, wie die Rechte in dergleichen Fällen an Hand geben." (*) Oeffentliche sind, wie oben (S. 261) erwähnt, keiner Ableugnung unterworfen, daher auch keiner Anerkennung bedürftig. Verordn. v. 14. Aug. 1818 §. 7.

45) Mevius III dec. 172; VII dec. 95; Hert. Resp. 231 n. 4; v. Bülow u. Hagemann Th. I Er. 24 §. 3; Sengebusch diss. de indole juram. diff. (Gött. 1801) §. 5; Martin bürg. Proc. (8. Aufl.) §. 203.

sich nach Zweck, Inhalt und Folgen des Diffessionseids diese Auffassung nicht als rechtlich haltbar dar [46]). Hiernach wird man denn auch die Ansicht Anderer, wie z. B. Barths [47]), daß der Diffessionseid ein reines juram. calumniae sey, wenn er als solches gefordert werde, nicht billigen können.

2. Hauptsächlich ist aber die Natur des deferirten Eides für solchen in Anspruch genommen [48]) und insonderheit [49]) zur Begründung dieses Satzes geltend gemacht, daß für eine Privaturkunde, wenn sie der Kläger producire, sowie für den Beweis, daß die darin genannte Person der Aussteller sey, keine praesumtio juris v. hominis streite, derjenige also, welcher die Urkunde producire, im Fall der Nichtanerkennung Seitens des Gegners, auf regelmäßigem Wege beweisen müsse. Dafür, daß eine Zuschiebung stattgefunden, wird dann auf die Annahme der Zulässigkeit stillschweigender, der ausdrücklichen gleichzustellender, Delation sich bezogen. Müßte man nun auch mit dem genannten Hauptvertheidiger dieser Ansicht, wegen der Worte »si (actor) intulerit jusjurandum« [50]) und des Inhalts der deshalbigen gesetzlichen Vorschrift, zu jener Annahme gelangen, so streitet doch das bisher über die rechtliche Entstehung des Diffessionseids Angeführte wider die Unterstellung einer Eidesdelation, die vielmehr, völlig unberührt von jenem, daneben sich erhalten hat. Es kommt dabei für den gemeinrechtlichen Proceß vornämlich auf den angeführten §. 39 des J. R. Absch. an, wonach „auf des Klägers Erfordern

---

46) Gensler, Archiv rc. B. II S. 326; Zimmern, de juram. diffess. (Heidelb. 1817) §. 13.

47) Beiträge zur Lehre v. Haupteid (Augsb. 1832) §. 26; vergl. auch: Bayer, Vorträge, S. 445.

48) Dahin ging eine Entscheidung des O. A. Gerichts zu Darmstadt und zwar: Der Diffessionseid hat die rechtliche Natur des zugeschobenen Eids. Eine Folge dieses Satzes ist: daß bei jenem Eide sowohl eine Zurückschiebung desselben, als eine Gewissensvertretung zulässig und der Product befugt ist, vor Ausschwörung des Diffessionseids die Ableistung des Calumnieneides zu verlangen, Seufferts Archiv, B. III Nr. 125 (S. 152).

49) Zimmern, l. c. §. 14; Malblank, l. c. §. 50; Grolman, gerichtl. Verf. §. 89.

50) Nov. 18 c. 8.

der Verklagte sich recognoscendo vel diffitendo unter gewöhnlicher Präjudiz sich vernehmen lassen soll". Wenn von Zimmern (a. a O. §. 6) unter dem »diffitendo« kein eidliches Ableugnen verstanden wird, so ist dieß wohl bei der specifischen Bedeutung dieses Worts, zumal an einem Orte, wo darüber, nach dem Stande der gleichzeitigen Praxis und der diesem entsprechenden juristischen Sprache, kein Zweifel obwalten kann, daß in der That damit ein eidliches Ableugnen gemeint worden sey, nicht zu billigen.

Hiernach wird man also mit Wetzell[51]) sagen müssen: „Dieser Eid ist weder ein specieller Calumnien-Eid, — noch ein zugeschobener, sondern ein zu gleichem Zwecke dienender nothwendiger Eid, welcher durch einen vorausgehenden Calumnien-Eid nicht bedingt ist". Damit stimmt es auch überein, wenn Heffter[52]) bemerkt: „Die Meinung derer scheine die vorzüglichere, welche diesem Eide eine eigenthümliche Natur beilegten und ihn für einen legalen Eid erklärten, welcher dem altgermanischen Grundsatze entspreche: Bekennen oder Schwören, mithin auch dem canonischen Reinigungseide ähneln würde".

Auch nach den in Hessen geltenden proceßrechtlichen Grundsätzen gilt der Diffessionseid als ein vom Richter auferlegter Eid. Die specielleren, aus dieser Annahme abzuleitenden, Folgerungen werden gleich angeführt werden.

3. Es kommt hiernächst die weitere Eigenschaft dieses Eides als Haupteides in Betracht. Nach dem in Hessen geltenden Rechte ist nämlich die Voraussetzung der Appellabilität eines auf einen Eid lautenden Bescheides davon abhängig, daß dieser Eid ein Haupteid sey. Unter diesem versteht man denjenigen Eid, dessen Ausschwörung oder Verweigerung eine endliche Entscheidung des eingeleiteten Processes zur unmittelbaren Folge hat oder haben kann; es mag nun der Klaggrund, oder eine Einrede Gegenstand des Eides und jene Folge entweder an die Ausschwörung, oder an die Verweigerung desselben geknüpft seyn. Wie bei den bisher erörterten Arten von Eiden diese Eigenschaft zweifellos erschien,

---

51) a. a. O. S. 151.
52) System d. Civilproc. §. 251 Not. 219 (S. 306).

so tritt ein Bedenken bei dem vorliegenden Eide ein. Der Satz, daß überall, wo die Entscheidung des Rechtsstreits von der Ausschwörung oder Verweigerung jenes Eides abhängig ist, derselbe als ein Haupteid sich darstellt, liegt z. B. in dem Fall vor, wenn neben der Urkunde, deren Anerkennung oder eidliche Diffession der Producent verlangt, weitere Beweismittel geltend gemacht, Zeugen etwa benannt sind, der Eid deferirt wurde. Hier ist es alsdann, wenn der Zeugenbeweis für mißlungen erkannt, der Schiedseid verworfen wird, unzweifelhaft, daß von der Art und Weise der Erklärung des Producten über die Urkunde die Entscheidung der Sache allein abhängt, daß also der Diffessionseid ein Haupteid seyn muß [53]). Diese Eigenschaft verliert aber derselbe in Ermangelung jener Voraussetzung, wenn also z. B. in dem Erkenntnisse die Entscheidung über die materielle Beweiskraft der Urkunden vom Gerichte ausgesetzt worden ist [54]).

II. Hiernächst ist denn die Bedeutung der Diffession, oder Ableugnung in Beziehung auf die Urkunde einer- und deren Inhalts andererseits von Wichtigkeit. Wäre der Sinn beim Diffessionseide der, daß dadurch z. B. der vom Kläger geltend gemachte Anspruch, worauf die vorgelegte Urkunde sich bezieht, selbst habe abgeleugnet werden sollen, eine eigentliche verneinende Einlassung auf die Klage rc. also in dem Diffessionseide enthalten wäre, dann würde daraus nach den heutigestages geltenden processualischen Grundsätzen folgen, daß der Kläger das Geleugnete beweisen müsse. Gegen diese Annahme streitet aber die Bedeutung dieses Eides, bei welchem es sich nicht um den Grund des Anspruchs, sondern um die Urkunde, als Beweismittel, handelt, bei dessen Verwerfung eben nur über dessen Untüchtigkeit, nicht aber auch über die Verwerflichkeit des Anspruchs entschieden wird. Selbst

53) Dahin wurde denn auch erkannt: N. Samml. Entsch. des O. A. Gerichts zu Cassel, Th. I S. 82 fg.; Lion g Leihhaus zu Fulda [8341] 3/5 1840, in Erw.: „daß — der Bescheid des Landgerichts — wodurch der Diffessionseid auferlegt und regulirt wurde, rücksichtlich der Natur dieses Eids als Haupteides, wenn derselbe den Beweis des Klaggrundes oder einer Einrede zum Gegenstande hat, der Rechtskraft fähig war."

54) Eben das. Th. I S. 82; Th. IV Abth. 1 S. 330; Th. VI Abth. 2 S. 672.

in dem Executivprocesse, worin sich aber gar nicht auf den Klaganspruch, sondern auf die Urkunde einzulassen ist, hat die Ausschwörung dieses Eides zunächst nur die Folge, daß der Anspruch selbst nunmehr geeignetenfalls nur im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden kann, — ein Satz, dessen später noch weiter gedacht werden wird (§. 10); wohingegen im ordentlichen Proceß erst in dem, von dem vorbereitenden getrennten, Beweis-Verfahren die eidliche Diffession vorkommen kann. Gleichwohl findet sich in älteren Proceßordnungen eine Gleichstellung des Diffessionseides mit der verneinenden Klageinlassung.

Als Beispiel kann hier vor Allem eine dem vaterländischen Rechte nicht fremde Proceßordnung aus dem 16. Jahrhunderts dienen, nämlich die Solmsische Gerichts- und Land-Ordn. v. 1571 [55]). Nachdem hier der von den Schöpffen ausgegangenen Auflage an den Verklagten, vermittelst Eydts solch Brieff vnd Siegel entweder zu erkennen, oder aber zu verneinen, gedacht worden ist, folgt die einschlagende Stelle dahin: „Würde dann derselbig Theil solche wider jhnen in Krafft der Beweissung eingebrachte Brieff, Siegel, Schrifften oder andere Vrkunden verneinen, vnd nicht für gerecht vnd glaubwürdig erkennen wöllen: So sollen dieselben zur Beweisung nicht für genugsam geachtet noch angenommen werden, Es sey dann, daß durch den Producenten weitter beygebracht vnd bewiesen werde, daß sie gerecht vnd auffrichtig seyen. Also soll auch den andern schlechten Schrifften, Aufzeichnüssen vnd Registern, so etwann die Parteyen selbst oder andere Privat-Personen machen vnd schreiben, vnd vnversiegelt seynd, ferner noch mehrer Glaub nicht zugestellet werden, dann soviel sie durch andere, in den Rechten zugelassene Mittel vnd Wege mögen gestärckt vnd bekräfftiget werden. Welches dann alles zu Erkäntnuß der Schöpffen stehen soll“. Die in dieser Bestimmung sich darlegende romanisirende Richtung ihres Urhebers [56]) tritt besonders darin hervor, daß auf die „schlechte Schrifft“, Privaturkunde, nicht das geringste Gewicht gelegt, dieselbe völlig unbeachtet gelassen und dem sie

---

55) Th. I Tit. 26 §. 2, 3 u. 4.
56) Joh. Fichard, geb. 1512, Syndikus zu Frankfurt a. M., † 1581.

producirenden Kläger der Beweis des ihren Inhalt bildenden Thatumstands auferlegt wird.

Das ist ein Satz, welcher der Lehre der Glosse, wie sie so eben (S. 263) kurz angedeutet worden, fremd war, wie er denn auch namentlich in Sachsen, woselbst man dieser letzteren Zugang gewährt hatte, um jene Zeit keineswegs galt, vielmehr auf den Grund der in der Glosse ausgedrückten Ansicht in der Privaturkunde ein Indicium fand, welches für geeignet erachtet wurde, den Kläger von der Beweislast zu befreien [57]). Doch kam auch hier nicht lange nach dem in der v. Note genannten Juristen, insbesondere seit B. Carpzov [58]), im Fall der Production einer Urkunde im Executivprocesse, der Satz in Uebung, daß es dabei einer »litis contestatio solennis« nicht bedürfe, die Recognition oder eidliche Diffession also die Wirkung der Litiscontestation und bei solcher es sein Verbleiben habe. Der gleichen Ansicht war D. Mevius [59]) und nach beiden generalisirte U. Cramer [60]) den Satz dahin: »Diffessio instrumenti jurata vim habet Litis contestationis negativae, qua facta reus absolvitur, propterea quod actor nihil probaverit«. Aus dem dieser letzteren Annahme hinzugefügten Grunde ersieht man, daß solche eben darauf beruhete, weil die vom deutschen Rechte abweichende Lehre, der Kläger müsse vor Allem zuerst beweisen, sich in immer umfassenderer Weise Geltung verschaffte [61]).

Wenn gleich nun diese Ansicht auch der oben (S. 267) angeführten Bestimmung der hessischen Verordnung v. J. 1673 zum Grunde zu liegen scheint, so wird man doch nach der rechtlichen

---

57) Chil. König, Practica und Proceß der Gerichtsleuffte nach dem brauch Sechsischer landart (J. 1581): „Wo aber die (schlechte Schrifft) „keine Vnterschrifft, auch keine Gezeugen hat, vnd also mit einer andern Schrifft des Schuldigers nicht vergleichet werden mag, alßdann kan sie nicht beweisen, Wol gebieret sie eine Vermutung, sed quale indicium, ut per Bartol. et post eum B. de Cactialu. in l. admonendi in 28. col. in 11. concl. ff. de jurejur.«

58) († 1666.), jurisprud. for. P. I const. 10 def. 10.

59) († 1670.), P. III dec. 172; P. VI dec. 278.

60) († 1772.), T. I obs. 185.

61) Vergl. auch v. Bülow u. Hagemann, pr. Erört. Bd. I Er. 24 §. 3.

Natur des Diffessionseids und seiner Verwandtschaft mit dem älteren deutschen Reinigungseide jenem mit dem letzteren in der Wirkung insofern gleichzustellen haben, als, wie durch diesen der Anspruch selbst, also durch jenen die Bedeutung der Urkunde aufgehoben resp. getilgt wird.

Hiernach kann, wenn die Schrift oder Unterschrift einer Urkunde anerkannt worden ist, es wäre denn, daß Landesgesetze Gegentheiliges festsetzten [62]), von einer Anerkennung des Inhalts keine Rede seyn, da die Erklärung über die Unterschrift rc. von derjenigen über den Inhalt sich nicht trennen läßt, und daher die Anerkennung der Unterschrift die des Inhalts in sich schließt [63]).

Allerdings kann es nun Fälle geben, in denen man die Unterschrift als richtig anerkennen, den Inhalt aber ableugnen darf. Darin liegt aber keine Ausnahme von der Regel, daß die Ableugnung auf den Inhalt sich nicht erstrecken dürfe; denn ist z. B. die Fälschung der Urkunde bewiesen, so ist auch dargethan, daß die letztere ihrem Inhalte nach nicht beweisen könne; es bedarf also nicht nach des Diffessionseides. Richtig ist also in Beziehung auf jenen Satz nur soviel, daß auch bei vorliegender Anerkennung der Urkunde Seitens der Producten, demselben frei steht, die Unrichtigkeit des Inhalts darzuthun [64]).

III. In dem Bisherigen handelte es sich nur von dem Falle, wo der Product der Aussteller der zur Recognition oder Diffession ihm vorgelegte Urkunde ist. Ist nun aber solches ein Dritter, dann entsteht die Frage: welchen Einfluß dieser Umstand auf die Art und Weise der Ableistung des von ihm verlangten Eides habe? namentlich ob der Wahrheit oder dem Glauben nach zu schwören ist?

Regelmäßig ist nun also der Eid darauf gerichtet, daß der Schwörende nicht blos die Urkunde nicht selbst geschrieben oder unterschrieben habe, sondern auch, daß sie mit seinem Willen und

---

62) Kori, sächs. bürgerl. Proc. §. 113.

63) Wernher P. IV obs. 77; Overbeck Meditat. Th. VI S. 176 Not. n; N. Sammlung Entsch. des O. A. Gerichts zu Cassel, Th. VI S. 672.

64) Claproth, ordentl. Proc. II §. 242; Danz ord. Proc. §. 333; Glück, Com. Th. 22 S. 52 fg.

Wissen von einem Dritten, z. B. in seinem Auftrage, nicht geschrieben oder unterschrieben worden sey [65]). Wenn gleich der Auftrag dabei regelmäßig nicht näher dargelegt zu werden pflegt, so erscheint diese Formulirung doch dann unbedenklich, wenn Derjenige, von welchem die Urkunde herrühren, oder welcher dazu eingestimmt haben soll, schwören muß, indem derselbe jedenfalls wissen kann, ob er Auftrag gegeben habe oder nicht.

Anders verhält es sich dagegen, wenn es sich von der Urkunde eines Dritten handelt. Hier ist es allerdings schwierig zu wissen, oder zu glauben, ob mit Jemandens Wissen und Willen die Unterschrift bewirkt worden ist, so lange die Person, welche die Unterschrift vollzogen haben soll, nicht bezeichnet worden ist und es entsteht hier die Frage: ob der Diffessionseid in seiner ganzen Ausdehnung hier Anwendung finde? In dieser Hinsicht kam der Fall vor, wo unter dem Acte der Cession eines Wechsels der Namen eines von der Person des Verklagten verschiedenen Individuums mit vorausgesetzten Buchstaben „p." sich fand, und es wurde erkannt, daß die Abfassung der Eidesformel dahin, daß jener Cessionsact auch nicht mit Wissen und Willen des Verklagten von dem Dritten unterzeichnet sey, deshalb der Lage der Sache entspreche, weil jener Buchstabe die „in Procura" geschehene Unterzeichnung des Dritten andeute [66]). Auch in einem andern Falle wurde ausgesprochen, daß dem Diffessionseid über die von einem Dritten ausgestellte, auf die Vermögens-Verhältnisse des Producten einflußreiche Urkunde dem letzteren dahin obliege: daß solche nicht mit Wissen und Willen dessen, auf den sie laute, ausgestellt sey, ohne daß die Angabe des Dritten, welcher die Urkunde geschrieben haben möge, für erforderlich erachtet wurde [67]). Ebenso wurde, als ein Wechsel, beim Mangel der Wechselfähigkeit, zur Einleitung nur des Executivprocesses benutzt worden war, angenommen, daß das Indossament auf jenem als eine Nachweisung der zur Begründung der

---

65) Eine Reihe von Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Cassel (vergl. N. Samml. rc. Th. VI S. 672 Not. 253) stimmt in dieser Hinsicht mit der gemeinen Praxis überein.

66) Lennep'sch. Cur. g. Fisc. Pr. [3084] 26/9 1835.

67) Heinrich g. Fisc. Pr. [7453] 23/12 1842.

Executiv-Klage erforderlichen Thatsache, weil darin ein Dispositionsact des Wechsel-Inhabers zu Gunsten des Indossatars liege, zur Anerkennung oder eidlichen Diffession von Seiten eines Dritten geeignet sey [68]. Auch in einer Reihe anderer Fälle, namentlich aus früherer Zeit, ist der Eid über die von dritten Personen herrührenden Urkunden als zur Diffession des Producten und hier dann dem Glauben nach [69] für geeignet erachtet [70]. Ehedem pflegte man auch wohl die Adcitation des Dritten zum Acte der Eidesleistung zu verfügen [71].

§. 3.

3. Deferent.

Wenn der Producent, Kläger oder Verklagter, die Privat-

---

68) Windemuth g. Meyer [741] 3/2 1847: „Wird dem Verklagten die Ausschwörung der Diffessionseids dahin, daß, wie er nicht anders wisse und glaube, das auf dem Wechsel — befindliche Indossament vom — nicht von dem ursprünglichen Wechsel-Inhaber N. N. ausgestellt worden sey."

69) Carpzov P. 1 dec. 38 n. 7; Mevius P. 7 dec. 95; Lauterb. diss. de jur. credul. th. 38.

70) Avenarius g. Avenarius [3816] 2/10 1820, in Erw.: „daß der — Appellant (Concurs-Curator), da er an die Stelle des verlebten Gemeinschuldners getreten ist, dessen Handschrift eidlich de credulitate zu recognosciren nicht verweigern kann —." Lennep'sch. Cur. g. Fisc. Pr. [1147] 27/11 1833, in Erw.: „daß letztere" (die eidliche Ableugung) „auch hinsichtlich solcher Scripturen, welche von einem Dritten herrühren, in der Form eines Glaubenseids begehrt werden kann." — Decis. Cass. T. II dec. 223 n. 1, 5, 6; Kaufmann g. Bachmann'sch. Contr, 10/10 1832; Bachmann g. v. Spiegel [6705] 14/2 1844: „Wird — der Diffessionseid in der Form, daß, wie er nicht anders wisse und glaube, sein Vater — die Urkunde weder selbst unterschrieben habe, noch auch solche mit dessen Wissen und Willen durch einen Andern für ihn unterschrieben worden sey." Wilhelm g. Fischer [8739] 18/9 1844: „Wird — auf Ableistung eines Diffessionseides dahin erkannt: daß Appellaten schwören, daß sie, bezhw., wie er nicht anders wisse und glaube, seine verstorbene Ehefrau — die — Urkunde vom — weder selbst geschrieben, noch unterschrieben habe, auch dieselbe mit ihrem Wissen und Willen von Andern weder geschrieben, noch unterschrieben worden sey;" Rauch g. Koch [188] 21/7 1847; Hohmann g. Sommermann [725] 8/3 1848.

71) St. Amöneburg g. Elias, 27/1 1821.

urkunde vorlegt, so ist allerdings die Absicht desselben darauf gerichtet, daß sie vom Gegner anerkannt werden möge; daher pflegt denn auch die Bitte desselben auf diese Recognition oder auf die eidliche Diffession ausdrücklich gerichtet zu werden. Und daß hierauf der Antrag gehen solle, darauf weisen gesetzliche Bestimmungen hin, indem der J. R. Absch. vorschreibt: „Der Kläger solle der Documenten Recognition bitten" 72); „der Beklagte solle auf des Klägers Erfordern sich der Gebühr recognoscendo vel diffitendo vernehmen lassen" 73); endlich: „der Kläger solle wann und soviel vonnöthen recognitionem begehren" 74); wie es denn auch allerdings eine allgemeine Regel ist, daß der Richter nur da seine Thätigkeit eintreten läßt, wo er darum angegangen ist 75). Inzwischen lassen sich doch diese Sätze nicht gegen die im vorigen Paragraphen geltend gemachte rechtliche Natur des Eides anführen, woneben man denn auch in der Praxis angenommen hat, daß indem der Producent eine Urkunde vorlege, darin schon der stillschweigends erfolgte Antrag liege, den Producten, im Fall derselbe die Recognition verweigere, zur eidlichen Diffession auffordern zu lassen 76). Es ergibt sich diese Folgerung von selbst, wenn man annimmt, daß dieser Eid ein gesetzlich nothwendiger sey. Dem entsprechend ist denn auch namentlich in der hessischen Rechtspflege ausdrücklich anerkannt worden, daß der Beweisführer, indem er eine Urkunde als von dem Producten ausgestellt überreiche, hierdurch zugleich das Verlangen ausdrücke, daß der letztere solche anerkenne oder eidlich diffitiren solle 77), und daß folgeweise dessen

72) §. 35.

73) §. 39.

74) §. 45.

75) l. 4 §. 8 D. de dam. infect. (39. 2).

76) Carpzov, proces. tit. 14 art. 2 num. 12 (p. 409): »Estque recognitio documentorum et instrumentorum adeo necessaria ut omitti haud debeat; etiamsi producens expresse illam non petierit; veluti non semel in Senatu appellationum aliisque Dicasteriis observatum memini. Nec immerito.«

77) Levinstein g. Ballin [526] 17/6 1848; daß also eine stillschweigende Aufforderung genüge: Windemuth g. Mayer [741] 3/2 1847.

Auflegung einen besonderen Antrag von Seiten des Producenten nicht erfordere [78]).

Der Unterlassung eines ausdrücklichen Antrags eidlicher Diffession hat man jedoch die Folge gegeben, daß der Product in einem solchen Falle alsdann, wenn er nur die Ausstellung beziehungsweise die Unterschrift in Abrede gestellt, nicht aber damit das ausdrückliche Erbieten zum Diffessionseid verbunden hatte, keineswegs sofort für geständig zu erachten und vielmehr hier noch eine Erklärung über die Bereitwilligkeit zur Ableistung dieses Eides gerichtsseitig zu veranlassen sey [79]). Auch dieser Satz rechtfertigt sich, ganz abgesehen davon, daß die Voraussetzungen der Contumacia nicht vorliegen, schon durch die hervorgehobene Eigenschaft des Eides als eines gesetzlichen [80]).

Ist nun aber der Antrag auf Ableistung des Diffessionseides, z. B. über eine von dem Producten angeblich ausgestellte Quittung, gestellt, dann liegt darin auch eine Anerkennung des Producten, als derjenigen Person, welche über die Aechtheit der Urkunde, also in dem angegebenen Beispiele über die behauptete Zahlung, zu schwören habe [81]).

§. 4.

4. Delat.

In Ansehung der Personen, welche zur Ausschwörung dieses Eides für verbunden erachtet werden müssen, unterliegt es zunächst keinem Zweifel, daß dahin auch die Tutoren und Curatoren wegen ihres umfassenden Verwaltungsrechtes gehören [82]).

---

78) Wilhelm g. Fischer [8739] 18/9 1844; Bachmann g. v. Spiegel [6705] 14/2 1844; Grube g. Fisc. Pr. [3826] 1831.

79) Levinstein g. Ballin [526] 17/6 1848.

80) Maier g. Maier [2550] 24/9 1851, in Erw.: „daß — da die Urkunde von dem Appellanten nicht anerkannt worden ist, dessen Nichterbieten zum Diffessionseid eine Verweigerung desselben aber nicht zur Folge hat ꝛc.“

81) Pauli g. Nauheimer Kirchencasse [1916] 30/6 1849.

82) l. 1 D. et C. de administr. tut.; Carpzov, proc. tit. 12 art. 5 n. 40; Wernher, observ. T. III P. 1 obs. 4; danach hat sich auch die ge-

Mit Rücksicht auf das Verhältniß, in welchem ein Contradictor sich befindet, hat man angenommen, daß seine Lage bei Anerkennung von Urkunden der des Vormunds, bei Anerkennung von Urkunden seines Mündels, gleich zu stellen sey, da beide in ihrer Proceßführung als die amtlich bestellten Vertreter fremder Angelegenheiten sich darstellten; wobei indessen die gedachte Pflicht auf die eidliche Versicherung des Nichtwissens und Nichtglaubens beschränkt erscheine [83]). Auch die Institoren und Factoren sind [84]) in dem Falle dahin gerechnet worden, wenn sie die Urkunde selbst ge=, oder unterschrieben hatten [85]). Ist ihr Verhältniß aufgelöst, so befindet sich alsdann der aus einer solchen Urkunde belangte dominus in der Lage, verlangen zu können, daß der Institor ꝛc. solche anerkenne oder eidlich ableugne, da es von einer während dessen Geschäftsführung vollzogenen Handlung, über welche derselbe die beste Kenntniß hat, sich handelt [86]).

Im Uebrigen ist es Regel, daß der Product in eigener Person den Eid ausschwöre. Sie galt auch beim R. K. Gerichte [87]), mit Ausnahme jedoch des Falles, wo ein Procurator aufgetreten war und eine Special=Vollmacht vorgelegt hatte. Eine solche war sehr üblich, da in den Vollmachten dieses Vertreters regelmäßig auch die Befugniß ihm ertheilt war: „instrumenta zu recognosciren oder zu diffitiren" [88]). Anders verhielt es sich nach sächsischem Rechte, indem hier ausdrücklich [89]) vorgeschrieben wurde, daß der Product „in der Person eydlich zu diffitiren habe, daß er nemlich weder Hand noch Siegel kenne" [90]).

---

meine Meinung und der Gerichtsgebrauch für die Pflicht des Vormunds, den Diffessionseid abzuleisten, entschieden.

83) Seufferts Archiv, B. VIII S. 325 (Erk. des O. A. Gerichts zu Lübeck v. 12/3 1853; Frankfurt. Samml. v. Römer (Boselli) B. I, S. 69).

84) arg. l. ult. D. de inst. act. (14. 3).

85) arg. l. 12 D. de pign. act. (13. 7); Berlich P. 2 dec. 252 n. 4.

86) arg. l. ult. cit.

87) Rulant. de commissar. P. 2 l. 5 cap. 39 n. 19.

88) Vergl. den oben (S. 269) alleg. §. 39 des J. R. Absch.

89) Sächs. Proc. u. G. Ordn. XXV, 2.

90) Carpzov, jurispr. for. P. I const. 17 def. 19; Brunnemann, proc. civ. cap. 19 n. 32.

Die Entscheidung der Frage: ob heutigestags jene gemeinrechtlich modificirte Zulassung einer Vertretung, oder dieses particularrechtliche Verbot als dem bestehenden Rechte entsprechend erscheine? muß von den Vertheidigern der rechtlichen Natur des Eides als eines Calumnien-Eides in einer die erste Alternative bejahenden Weise erfolgen; da für diesen letzteren Eid die Vertretung gestattet ist. In der Unterstellung aber, daß der Diffessionseid die Natur eines deferirten oder eines nothwendigen habe, wird das bereits früher [91]) hervorgehobene Bedenken umgekehrt die Bejahung der zweiten Alternative rechtfertigen. Mit Recht tadelt denn schon Schaumburg [92]) jene Stellvertretung. Der Streit über die Zulässigkeit der Unzulässigkeit der Vertretung beim Diffessionseide durch Procuratoren [93]) ist übrigens in Hessen wegen der daselbst, mit nur singulärer Ausnahme, geltenden Regel für die Unstatthaftigkeit einer solchen beinahe völlig erledigt [94]).

§. 5.

5. Richterliche Prüfung.

Da die Vorlegung der Urkunde regelmäßig bei Antretung des sonstigen Beweises erfolgt, so versteht es sich zwar der Regel nach von selbst, daß darüber eine Erklärung des Producten, auch in Beziehung auf die Urkunde, gleichviel, ob ein ausdrücklicher oder stillschweigender Antrag auf Anerkennung oder eidliche Diffession vorliegt, erfordert wird. Wenn indessen die Urkunde allein oder neben der Eidesdelation nur den Gegenstand des Beweis-

---

91) Abth. II dieser Schrift, S. 218 fg.

92) princ. prax. lib. 1 sect. 1 membr. III cap. 3 §. 21: »Admittunt — incredibili facilitate procuratorem in quam plurimis foris extra Saxoniam et praesidium opinionis quaerunt in Ord. Cam. et Recess. imper. d. 1654 §. 43 (§. 39), quamvis variae rationes dissuadeant, ut regulam ex istis legibus desumamus generalem.«

93) Vergl. Danz, ord. Proc. §. 334, welcher nebst den Not. k (S. 498) angeführten Schriftstellern für jene sich erklärt; Sengebusch, l. c. §. 13, 20, und Martin, a. a. O. §. 203 Not. c.

94) Vergl. diese Schr. Abth. II S. 219.

antritts abgäbe, dann würde es, unter der Voraussetzung gar nicht zur Auflegung des Diffessions-Eids kommen können, wenn jene Urkunde formell oder materiell als beweisuntüchtig sich darstellte. Daher kommt es darauf an, daß vor der Ertheilung der Auflage wegen der Anerkennung oder eidlichen Ableugnung der Urkunde deren Erheblichkeit und innere Beweiskraft nach dieser Richtung hin geprüft werde. Das Ergebniß dieser Erwägung entscheidet alsdann namentlich bei Beantwortung der Frage, ob nicht in dem Falle, wo es um mehrere producirte Urkunden sich handelt, die Mittheilung der einen oder andern als untauglich unterbleiben könne. Es muß aber diese Prüfung, welche schon nach den angenommenen gemeinrechtlichen Proceß-Grundsätzen jener Auflage voran zu gehen hat [95]), besonders in Hessen, bei der hier als Regel geltenden Fähigkeit des auf den Diffessions-Eid erkennenden Bescheids zur Beschreitung der Rechtskraft, stattfinden. Deshalb ist denn auch hier anerkannt worden, daß, nachdem in rechtskräftiger Weise dieser Eid resp. die Erklärung rücksichtlich der Anerkennung der Urkunde auferlegt worden sey, nicht noch über die Erheblichkeit der letzteren im Allgemeinen gestritten werden könne [96]). Und daher hat man, selbst im Wege des oberrichterlichen Aufsichtsrechts, also von Amtswegen, untere Gerichte zur Einhaltung dieser processualischen Norm veranlaßt [97]).

Indessen können allerdings hier Fälle eintreten, in welchen die Erheblichkeit der Urkunde erst im Laufe der weiteren Verhandlungen sich außer Zweifel stellt. Es wird das regelmäßig bei vorliegender Häufung von Beweismitteln vorkommen. Ein solcher Fall trat z. B. ein, als aus einer Schenkung geklagt worden war. Die Kläger (Erben der Schenknehmerin) bezogen sich auf eine Urkunde, worin solche enthalten seyn sollte und rücksichtlich deren sie behaupteten, daß der Schenkgeber, der Vater der Verklagten, dieser deren Inhalt bekannt gemacht habe, und richteten

95) Danz, a. a. O. §. 323; Schneider, Lehre v. Beweise §. 609.

96) v. Ditfurth g. v. d. Asseburg, 23/11 1831.

97) So wurde in S. Schäfer g. Kirchhainer [8612] 24/1 1843 vom O. A. Gericht zu Cassel einem Obergerichte eröffnet: es habe ein Untergericht zu bedeuten, daß dem Erkenntniß auf den Diffessions-Eid die Beurtheilung der materiellen Beweiskraft der Urkunde vorausgehen müsse.

auf diese letztere Angabe ihren Zeugenbeweis. Da sonach nicht behauptet worden war, daß die Schenknehmerin durch eigenes Lesen den Inhalt der Urkunde erfahren habe, hiernach es aber als zweifelhaft sich darstellte, ob die Urkunde in der That erheblich sey, so wurde es für angemessen gehalten, zunächst die Zeugen abhören zu lassen. Das geschah; deren Aussagen lieferten aber kein Ergebniß und nunmehr wurde, da bereits im Beweis-Interlocut von der Erheblichkeit des Inhalts der Urkunde ausgegangen war, nach nochmaliger Prüfung in dieser Hinsicht zur Aufnahme des durch Zeugen angetretenen Gegenbeweises übergegangen [98]).

Kommt es nun zu Prüfung der Urkunde, welche übrigens im Original vorgelegt worden seyn muß [99]), dann ist vor Allem solche darauf zu richten, ob der Urkunde äußere und innere Beweiskraft in der Richtung auf den dem Producenten auferlegten Beweis beiwohne; „dann sonsten", bemerkt Carpzov [1]), „da sie ihm nichts präjudiciret, soll er (Product) mit der eydlichen Diffession, als die in solchem Fall ganz vergeblich, verschonet bleiben". Hier steht aber die Integrität der Urkunde in erster Linie; ist solche dadurch verletzt, daß in der Urkunde ausgestrichene Stellen sich finden, die Urkunde zum Theil zerrissen worden ist, so vermag sich alsdann, wenn dadurch eine Störung der wesentlichen Bedeutung ihres Inhalts [2]) sich ergibt, oder anzunehmen steht, daß es Absicht der Betheiligten gewesen sey, der Urkunde ihre Kraft zu entziehen [3]), die Wirkung der Anerkennung oder eidlichen Ableugnung nicht zu äußern; indem das anfänglich Ungiltige Bedeutung dadurch nicht zu erlangen vermag [4]).

Ferner ist es denn auch wesentlich, daß, wenn die Urkunde nur mit Rücksicht auf eine andere Bedeutung hat,

98) Bachmann g. v. Spiegel [6705] 14/10 1840, 7/9 1841.

99) l. 7 C. de edend. (2. 1); c. 1 X. de fid. instr. (2. 22). — Ummius l. cit. disp. 17 th. 6 n. 27; Mynsinger cent. 6 obs. 73; Berlich P. I decis. 100.

1) process., tit. 11 art. 1 n. 24, 25; tit. 14 art. 3, n. 61.

2) c. 6 X de fid. instr. (2. 22); c. 7 X. de relig. dom. (3. 36).

3) arg. l. 1 pr. D. de his quae in testam. del. (28. 4); l. 12 C. de testam. (6. 23); l. 2 §. 7, l. 8 D. de bon. poss. sec. tabb. (37. 11).

4) l. 5 C. de leg. (2. 14). — Consil. Marpurg. vol. I cons. 24 n. 38.

solche nicht ohne diese vorgelegt werde, weil die eine ohne die andere den Beweis nicht erbringen würde [5]). Inzwischen hängt auch hier Vieles von den vorliegenden Verhältnissen ab, wonach z. B. alsdann, wenn die Urkunde unter denselben Personen, als die, welche dermalen streiten, zu Stand gekommen wäre, oder das Referens selbst ohne das Relatum einen vollständig unzweideutigen Sinn enthielte 2c., auch die Ableistung des Diffessions-Eids Bedeutung haben könnte.

Neben der Beachtung dieser Voraussetzungen der Urkunde empfahlen dann aber noch ältere Processualisten und Praktiker [6]), darauf zu sehen, daß bei der Diffession vom Producten stets der Grund, aus welchem sie erfolge, angegeben werde und zwar, gleichviel, ob der Producent den deshalbigen Eid begehren oder der Richter von Amtswegen zu dessen Auflegung schreiten werde. Es stellt sich das allerdings namentlich in dem Falle als nothwendig dar, wo die von einem Dritten herrührende Urkunde abgeleugnet werden, in der Form des Nichtglaubens und Nichtwissens also dieß geschehen soll. Wenn nun hier der Product versichert, daß er keine Kenntniß von dem Documente habe, so muß man billig bedenklich darüber werden, demselben den Eid nachzulassen, da absichtlicher oder leichtsinniger Weise eine solche Ausflucht gemacht worden seyn kann, ohne, wie erforderlich, die nöthige Nachforschung und zweckdienliche Prüfung der Verhältnisse seiner Erklärung vorausgehen zu lassen. Hier gewinnt dann das richterliche Fragerecht Bedeutung, welches schon Mevius [7]) so oft, als der Richter es für nöthig erachtet, angewendet sehen möchte. Es wird eine Beachtung aller vorliegenden Umstände der Ermittelung des Zweifels, ob der Product eine wahrheitsgemäße Angabe in der erwähnten Hinsicht gemacht habe, zur Verhütung eines falschen und leichtsinnigen Eides führen, und alsdann, wenn

---

5) Auth. si quis C de edendo.

6) z. B. Blum, process. cam. tit. 63 n 16: »causam diffessionis a diffitente semper exprimendam esse, primum, quo animadverti possit, an diffessio forte ex malitia facta sit? dein quo pars adversa melius scire queat, quatenus probatio suorum documentorum ipsi incumbat.«

7) P. 9. dec. 407 n. 8.

das Ergebniß darin besteht, daß der Grund der Ableugnung ungenügend und die Glaubwürdigkeit des Producten verdächtig wäre, die Verwerfung des Diffessionseides begründet erscheinen [8]).

Zu einem solchen näher eingehenden Verfahren gibt auch der Fall Veranlassung, wo der Product von der Urkunde namentlich auch durch seine Eltern nie etwas gehört zu haben, auch deshalb früher nicht angegangen worden zu seyn versichert; ein Fall, für welchen in der Praxis, bei vorliegender Unkenntniß des Producten im Lesen und Schreiben, der Diffessions-Eid zugelassen worden ist [9]).

In diesen und ähnlichen Fällen wird der Richter vor Allem den Lebenswandel und Ruf des Producenten, die moralische Beschaffenheit des Ausstellers der Urkunde, den Umstand, ob beim Vorhandenseyn mehrerer Schuldner der eine oder andere nicht genaue Kenntniß vom Schuldverhältniß habe und dergleichen Umstände scharf ins Auge fassen und danach für die Zulassung oder Verwerfung des Diffessionseids sich bestimmen.

§. 6.

6. Erklärung der Producten.

Wenn gleich, nach reichsgesetzlicher Bestimmung, der Product „unter gewöhnlicher Präjudiz" [10]) in der betreffenden Proceßschrift oder Handlung [11]) auf die Urkunde sich vernehmen lassen soll, so war doch früher in Hessen, nach particularrechtlicher Vorschrift [12]), der erste Termin nicht peremtorisch, also auf die Unterlassung nicht die sofortige Vollziehung dieses Rechtsnachtheils angedroht, vielmehr wurde auf eine weitere richterliche Auflage hingedeutet; heutigestags wird aber die reichsgesetzliche Vorschrift befolgt.

Die Erklärung ist nun in Hessen in dem nach dem Schlusse der

---

8) Carpzov, proc. tit. 14 art. 3 n. 58—60.

9) Carpzov, l. c. n. 67.

10) J. R. A. §. 39.

11) also regelmäßig in der Erklärung auf die Beweisantretungs-, oder Gegenbeweisantretungs-Schrift resp. im Verhandlungs-Termine.

12) Vergl. die oben (S. 267) angeführte Stelle der S. Hofger. Ordn. v. 1673.

Verhandlungen im präparatorischen Verfahren angesetzten Verhandlungstermin abzugeben [13]) und enthält entweder eine Anerkennung der Urkunde, oder eine Verweigerung dieser Anerkennung. Zunächst also

I. eine Anerkennung und zwar dahin: „daß es die Hand oder Siegel sey, dafür es ausgegeben wird" [14]). Vorausgesetzt zur Wirksamkeit wird dabei, daß die Urkunde überhaupt recognoscibel, also nicht etwa nur eine Abschrift, oder verfälscht, und daß sie überhaupt der Recognition bedürftig, z. B. nicht etwa ein fehlerloses öffentliches Document ist. Es genügt denn auch, daß die Anerkennung generell, z B. dahin: „wofür sie ausgegeben worden ist", erfolgt. In der Anerkennung, selbst nur der Unterschrift, liegt auch die des Inhalts und der letztere (die »merita et contenta«) wird, wie (S. 274) schon bemerkt, als feststehend so lange betrachtet, bis das Gegentheil bewiesen wird [15]). Gleichviel ist es denn auch, ob die Anerkennung ausdrücklich, oder stillschweigend erfolgt, indem namentlich in Hessen die Unterlassung einer bestimmten Erklärung [16]), ja selbst die bloße Erklärung des Producten, daß er sie nicht anerkenne, ohne die weitere, daß er sich zum Diffessionseide erbiete [17]), die Anerkennung der Urkunde zur Folge hat. Dasselbe muß behauptet werden, wenn nach Production einer Copie durch den beweisführenden Theil, deren Original der Gegner zu ediren hat, dieser letztere den Inhalt der Copie zwar nicht anerkennt, aber doch auch das Original, der geschehenen Auflage ungeachtet, nicht edirt; es wird hier der Inhalt der Copie als eingestanden angenommen [18]). Bei dieser Anerkennung bleibt es übrigens dem Producten unbenommen, seine gegen die Urkunde gerichteten Einwendungen demnächst noch geltend zu machen. Darauf, wer, abgesehen von der Unterzeichnung, die Urkunde geschrieben hat, kommt es nicht an. Auch bezieht sich die Anerkennung nicht

---

13) Provis. Gesetz v. 22. Jul. 1851 §. 61.

14) wie es in der chursächs. Proceßordn. v. 1622 Tit. 25 §. 3 heißt.

15) Gensler Archiv f. civ. Pr. B. II S. 322 fg.

16) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §§. 17 u. 18.

17) Zeitschrift für Recht u. Gesetzgeb. in Kurhessen, H. I S. 50 Not. VIII.

18) Ebendas.

in jeder Hinsicht auf das, wofür sie vom Producenten ausgegeben wird, da es nur um die Aechtheit der Urkunde sich handelt, die rechtliche Bedeutung des Inhalts sonach nicht Gegenstand der Recognition, sondern der richterlichen Prüfung ist.

II. Weigert sich der Product der Anerkennung, so bleibt alsdann demselben die Befugniß, die Urkunde eidlich abzuleugnen. Hierbei kommt es nun auf die Entscheidung folgender Fragen an:

1. Muß der Product zu diesem Eide sich erbieten? Hier, wie bei der oben erwähnten Frage: ob der Producent bei Vorlegung der Urkunde den Antrag auf Ableistung des Diffessionseides richten müsse? tritt die eigenthümliche Natur des letzteren hervor. Wäre derselbe ein deferirter, alsdann verstände sich die Bejahung dieser Frage von selbst; wäre er ein nothwendiger, unabhängig von des Producten Entschließung, vom Richter aufzulegender, alsdann eben so sehr die Verneinung. Die älteren, der ersten Ausbildung des Instituts näher gestandenen Processualisten [19]), erheischen jenes Erbieten als eine bestimmte Voraussetzung, spätere Schriftsteller und Gesetze äußerten sich theils schwankend, theils gar nicht darüber, kehrten aber mitunter auf jene frühere Ansicht zurück [20]) und dieses ist denn auch der Standpunkt, welchen in Hessen die in letzter Instanz gebilligte Rechtsprechung eingenommen hat. Wie schon oben (S. 278) angeführt worden, hat man in dem Fall, wo der Producent den Antrag, den Producten zur Anerkennung oder eidlichen Diffession anzuweisen, unterlassen, der Product aber hierauf, unter Verweigerung jener, zur letzteren sich nicht erboten hatte, keineswegs alsbald die Folge der Anerkennung eintreten lassen; dann aber in einem Falle, wo es sich um die Einleitung des Executivprocesses handelte, dessen Voraussetzung insonderheit durch das Indossament des in Rede stehenden Wechsels angenommen wurde, sehr unzweideutig ausgesprochen: „daß Product die Aechtheit des von ihm ausgestellten Accepts anerkannt habe,

---

19) z. B. Carpzov, process., tit. 14 art. 3 §. 2: »ex observantia fori Saxonici, si nec ad juratam diffessionem se offerat, documenta pro recognitis habentur;« Ludovici, Einleit. z. Civilproc. Cap. 3 §. 22, Cap. 17 § 14; Schaumburg, princ. prax. p. 230 seq.

20) Vergl. Ortloff, a. a. O., S. 47 Not. 118.

im Uebrigen aber in dem Leugnen der Ausstellung des Indossaments durch den ursprünglichen Wechselinhaber das Erbieten zum Diffessionseide hierüber zu finden sey[21]). Bei der hiernach anerkannten Verbindlichkeit des Producten, zum letzteren sich zu erbieten, tritt also, wie bereits erwähnt, der Unterschied von dem Reinigungseid hervor, und es kann daher der Richter den Diffessionseid nicht auferlegen, wenn der Product zu solchem weder ausdrücklich noch stillschweigend sich erboten hat. Man muß es zugeben, daß diese Auffassung folgerichtig aus dem deutschen Reinigungseide hervorgeht, indem gleichwie danach der Verklagte denselben beantragen und leisten mußte, wenn er der Ueberführung entgehen wollte, eben so auch der Diffessionseid noch jetzt ein Recht des Producten ist, von dem er Gebrauch machen, resp. eine Pflicht, die er erfüllen muß[22]). In solchem Falle hat er aber freilich sehr ernstlich sich zu prüfen, ob dieses Ableugnen mit einer gewissenhaften Ueberzeugung sich verträgt, indem entgegenstehenden Falls und wenn es etwa auf Verzögerung des Rechtsstreits abgesehen wäre, jetzt, wie ehedem[23]) disciplinarisch einzuschreiten ist.

Dabei muß es indeß Zweifel erregen, welcher Erfolg einzutreten habe, wenn von mehreren Producten, z. B. Schuldnern, der eine zur Diffession der Urkunde sich erbietet, der andere hingegen sie anerkennt? Hier wird die Prüfung des Grunds zur Ableugnung nicht selten zum Ziele führen. Der Mangel oder die Ungeeignetheit eines solchen kann dann zur Folge haben, den zur Diffession bereit sich erklärenden Producten von der Eidesleistung auszuschließen, den andern dagegen zur Recognition zuzulassen[24]).

2. Ist der Product befugt, den Diffessionseid zurückzuschieben? Da dieses Recht nur bei dem zugeschobenen Eide vorkommt, ein solcher aber in jenem nach dem Bisherigen nicht zu finden steht, so mußte nach den älteren Proceßgrundsätzen

---

21) Windemuth g. Meyer [741] 3/2 1847.

22) Ortloff, a. a. O. S. 47.

23) Das R. K. Gericht erkannte i. J. 1721 in einem solchen Falle eine Strafe von 1 Mark Goldes gegen die Partei und 4 Mark Silbers gegen den Advocaten, Cramer, observ. T. I obs. 185.

24) Cons. Marpurg, vol. III cons. 26 n. 66.

diese Frage nothwendig verneint werden [25]) und nur die Annahme, daß, oder doch der Zweifel, ob nicht in der That schlechthin, oder unter gewissen Voraussetzungen bei diesem Eide von einer Zuschiebung die Rede sey, hat manche Rechtslehrer [26]) und Gesetzgebungen [27]) zu einer gegentheiligen Annahme geführt. Jene ältere Ansicht ist übrigens auch die in Hessen befolgte [28]); wie sie denn auch von bedeutenden Rechtslehrern in der neuern Zeit vertheidigt wird [29]).

3. Kann der Product vom Producenten die vorgängige Ausschwörung des Calumnien-Eides verlangen? Auch hier kann die Bejahung der Frage nur von Denjenigen ausgehen, welche den Diffessionseid für einen zugeschobenen halten; wenn aber die bisher geltend gemachte rechtliche Natur desselben als eines gesetzlichen, aus dem Reinigungseide seine Entstehung ableitenden, anerkannt wird, dann muß man mit Carpzov [30]) sagen, daß, da derselbe nicht a parte sed jure et consuetudine (saxonica) deferirt werde, »omnis calumniae suspicio cessat« und vermag dann auch nicht mit Zimmern [31]) den Gegengrund zu billigen, daß, da ja nun einmal das römische Recht bei uns eingeführt und die alten Sitten dadurch allmälig verdrängt worden seyen, auch in der Lehre vom Eide mehr den Ansichten der römischen Juristen gefolgt werden müsse. Bei dieser, von den Rechtslehrern, welche jene deutschrechtliche Auf-

---

25) wie das z. B. geschieht von: Carpzov, process. jur. Sax. tit. 12 art. 14 §. 7: »Commune vero id habet juramentum hoc diffessionis cum aliis juramentis legalibus, quod referri nequeat —.« Leyser, sp. 277 m. 5–8; Schaumburg, princ. pr. lib. 1 sect. 1 m. 3 §. 20 seq.

26) wie z. B. Malblank, l. cit. §. 50; Danz, a. a. O. §. 334; Gönner, Handbuch d. Proc. Th. II, 46 §. 13; Zimmern, l. c. §. 18.

27) z. B. S. Gothaisch. Gesetz ü. den summar. Proc. v. 12. Oct. 1837 §. 38; hier wird der referirte Diffessionseid als Bestärkungseid des Producenten bezeichnet.

28) Darauf wurde sich auch vom O. A. Gerichte bezogen bei Gelegenheit der Entscheidung in S. Freudenberg g. Zwenger [8150] 4/2 1826.

29) Ortloff, a. a. O. S. 49; Wetzell, a. a. O. S. 151.

30) jurispr. for. P. I const. 12 def. 12.

31) l. cit. §. 20.

fassung vertheidigten, gebilligten Ansicht [32]) konnte in Hessen um so weniger ein Bedenken obwalten, als, wie schon früher angeführt worden ist [33]), abgesehen von den nur für einen kleinern Landestheil geltenden particularrechtlichen Vorschriften, „nur aus erheblichen, auf richterlichem Ermessen beruhenden, Gründen eines Verdachts, daß die den Eid deferirende Partei dieß aus Gefährde thue" die Statthaftigkeit eines speciellen Calumnieneides überhaupt anerkannt wurde.

4. **Ist der Product berechtigt, den Diffessionseid durch das Erbieten zur Gewissensvertretung abzuwenden?** Früher schon [34]) ist ausgeführt, daß diese Art der Beweisführung bei der Eideszuschiebung dem Delaten gestattet worden ist, um, mit Beseitigung des ihm deferirten Eides, in anderer Weise wider den Angriff des Producenten sich zu vertheidigen. Es ist gleichzeitig dargelegt worden, wie dieses Vertheidigungsmittel vornämlich aus der chursächsischen Proceßordnung von 1622 und der verbesserten Proceßordnung von 1725 die Voraussetzungen ihrer festeren Gestaltung entlehnt habe, und daß die Gewissensvertretung alternativ mit der Befugniß zur Annahme oder Zurückschiebung des Eides concurrirt. Wie also bei der Zuschiebung des Eides dem Delaten außer dem Schwören oder Referiren noch dieß Vertreten des Gewissens mit Beweis zusteht, so, das ist die Behauptung, soll der Product, welcher mit einer Urkunde angegriffen wird, außer der Anerkennung und eidlichen Ableugnung gleichfalls noch zu einem Dritten, zur Führung des Beweises nämlich das Recht haben, daß jenes Angriffsmittel überhaupt, oder doch im untergebenen Falle, des Erfolgs verfehlen müsse. Im Allgemeinen mußte sich diese Gleichstellung des Erfolgs in Beziehung auf die Antretung des Beweises mittelst Zuschiebung des Eides und Vorlegung einer Urkunde empfehlen und die Zulässigkeit der Gewissensvertretung im letzteren Fall für Diejenigen

---

32) Carpzov, l. c.; Sengebusch, l. c. §. 17; Piper, diss. de vera juram. diff. indole. (Jen. 1806) cap. III §. 2; Ortloff, a. a. O. S. 49.

33) Diese Schrift, Abth. II S. 287 fg.

34) Eben daselbst, S. 304 fg.

unbedenklich erscheinen, welche den Diffessionseid mit dem deferirten identificirten [35]). Die Gestattung einer Vertretung des Gewissens mit Beweis schien denn auch die Billigkeit in allen den Fällen für sich zu haben, in welchem z. B. der Product die Unmöglichkeit der Ausstellung der Urkunde durch die darin unterzeichnete Person, oder das außergerichtliche Eingeständniß der Unächtheit der Urkunde durch den Producenten, oder den Mangel der Aehnlichkeit der Schriftzüge mit denen einer erwiesenermaßen von der bezeichneten Person herrührenden ꝛc., wenn nicht vollständig, doch bis zur Auflegung des Erfüllungseides darzuthun im Stande sich befand. Endlich hob man den allgemeinen Grund besonders hervor, daß es eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Vertheidigung seyn würde, wenn man dem Producten den directen Gegenbeweis, d. h. den Beweis der Unächtheit der Urkunde versagen wollte, in welcher Beziehung dann die Zulässigkeit der Gewissensvertretung, wenn nicht dem Namen, doch der Sache nach, zu rechtfertigen gesucht wurde [36]).

Abgesehen von diesen allgemeinen Gründen fehlte es aber auch den Vertheidigern der rechtlichen Natur des Diffessionseides als eines gesetzlichen, nicht an einem gesetzlichen Unterstützungsgründe für diese Ansicht. Eben, weil nämlich, wie erwähnt, die chursächsische Particular-Gesetzgebung, insonderheit die erwähnten beiden Proceßgesetze, sowohl was diesen Eid, als was die Gewissensvertretung anlangt, auf die Entwickelung auch der in dieser Hinsicht gemeinrechtlichen Grundsätze von Einfluß waren, erscheint die bereits früher [37]) mitgetheilte Vorschrift der Proceßordnung von 1622 §. 2, wonach bei mißlungenem Beweise zur Gewissensvertretung gegen einen deferirten Eid „auch in juramentis legalibus — observiret werden soll", insofern wichtig, als darin wenigstens die

---

35) Dieser Ansicht sind z. B.: Malblank, l. c. §. 50, 58 u. 75; Danz, a. a. O. §. 334; Gönner, Handb. II, 46 §. 13; Zimmern, l. c. §. 16.

36) Dieß sind etwa die Gründe, womit die Bejahung der im Texte aufgestellten Frage unterstützt wurden von: Stryk, cautel. jur. P. III sect. 3, cap. 5 n. 384 seq.; Gönner, a. a. O. B. II Nr. 46 §. 13; Gensler, Archiv f. civ. Pr. Th. II S. 325; Zimmern, l. cit. §. 16; Danz, a. a. O. §. 365.

37) Abth. II S. 309.

Anerkennung des Satzes enthalten ist, daß die Gewissensvertretung auch bei andern als zugeschobenen Eiden soll vorkommen können, wenn gleich allerdings nicht näher bestimmt worden ist, was unter den »juramentis legalibus« zu verstehen sey. Wie wenig indeß selbst in Sachsen die Praxis der Ansicht sich zuwendete, daß der Diffessionseid darunter zu begreifen sey, erhellt unter Anderem aus dem Zeugnisse Carpzov's [38]) dahin: „Non magis (quam relatione) quoque audietur documentum vel instrumentum aliquod jurato diffiteri jussus, si probationibus jusjurandum declinare velit“, indem er zur Begründung dieses Satzes sowohl auf die Obliegenheit des Verklagten, den vom Richter ihm auferlegten Eid dem Ausspruche gemäß abzulegen, als auf die unabsehbaren Weiterungen und die Vervielfältigung der Verhandlungen, welche aus der gegentheiligen Annahme entstehen würden, als endlich auch darauf sich bezog, daß der Beweis zur Gewissensvertretung im Executiv-Processe um deswillen vermieden werden müsse, weil sonst die durch solchen für den Gläubiger dargebotene Erleichterung in der Rechtsverfolgung durch die solchergestalt unausbleibliche Ueberleitung des Streits in den ordentlichen Proceß vereitelt werden würde [39]). Ungeachtet dessen ist doch auch in Hessen auf die Zulassung des Producten zum Beweise behufs Gewissensvertretung in der Form des Gegenbeweises in letzter Instanz erkannt worden [40]).

Daß jedoch dieser Grundsatz im Executiv-Processe nur eine sehr beschränkte Anwendung finden könne, ergibt sich aus der rechtlichen Natur dieses Verfahrens, wonach der Verklagte gemeinrechtlich die etwaige Einrede der Unächtheit rc. wider das vom Gegner producirte Instrument der Regel nach urkundlich liquid stellen muß, und wenn gleich, nach den in Hessen geltenden processualischen Abweichungen, auch die Eidesdelation zu dem Ende gebraucht werden kann [41]), so ist doch in Beziehung auf den da-

---

38) proc. jur. in for. Sax. tit. 12 art. 4 §. 8.

39) Vergl. über diese Frage insbesondere: Ortloff, a. a. O. S. 53 fg.

40) Bachmann g. v. Spiegel [6705] 7/9 1841, in welcher Hinsicht bereits früher (S. 281) das Nähere mitgetheilt worden ist.

41) Vergl. die N. Samml. Entsch. des O. A. Gerichts zu Cassel Th. VI S. 678.

selbst eingeführten und dem Executivproceß analog nachgebildeten Pachtproceß eine Vorschrift ergangen, welche die Ausschließung des Beweises zur Gewissensvertretung zunächst zwar nur für den Kläger, folgeweise aber auch für den Verklagten insofern außer Zweifel stellt, als es sich um Fortsetzung des Executivprocesses handelt [42]). Daß in den Fällen, wo nach dem Bisherigen der Gewissensvertretungs-Beweis zulässig erscheint, dem Producenten ein Gegenbeweis dawider, wenigstens in dem größern Theile von Hessen, nicht zustehe, ist bereits früher angeführt worden [43]).

7. Abwendung des Eides durch Aechtheits-Beweis.

§. 7.

a. Befugniß dazu.

Wenn der Producent, nachdem er die Urkunde dem Producten zur Anerkennung oder eidlichen Ableugnung vorgelegt und dieser zur letzteren sich bereit erklärt hat, die Eidesleistung zu verhüten für rathsam erachtet, so entsteht

I. die Frage: In welcher Weise erscheint er zu solcher Abwendung befugt? und zwar

1. Kann er überhaupt neue Beweis-Momente und Beweismittel vorbringen, um die Beweistüchtigkeit des Documents darzuthun so wie die Eidesleistung des Gegners zu verhüten? und ist ein solches weiteres Vorbringen zulässig? Der Producent ist, so könnte man sagen, indem er der Urkunde sich bediente, der angreifende Theil, er steht aber vom

---

42) Verordn. v. 14. Aug. 1818 §. 5: „Erbietet sich — der Verklagte zur eidlichen Ableugnung der Urkunde, der Kläger aber will die Anerkennung durch Zeugen oder Vergleichung der Handschriften darthun, oder aber statt den angetragenen Eid anzunehmen oder zurückzuschieben, das Gewissen mit Beweise vertreten; so muß Letzterer zwar hiermit gehört werden, jedoch erlischt alsdann der Executiv-Proceß und darf bei der Fortsetzung der Sache nur das gewöhnliche Proceßverfahren beobachtet werden."

43) Abth. II S. 318 Nr. 6. — Vergl. über das nach gemeinem Rechte bestehende Bedenken: Linde, in d. Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Th. XI S. 124 fg.

Angriff ab, wenn er wahrnimmt, daß der Gegner das Material, dessen er sich dabei bedient, zu vernichten im Stande und Willens ist, und greift daher nach einem andern Angriffsmittel. Daß die Befugniß zu dieser Veränderung dem Producenten gemeinrechtlich nicht zu bestreiten sey, kann man nach der über die Verhütung der Leistung des Reinigungseides, insonderheit durch Zeugen-Beweis und Schriftvergleichung geltenden Grundsätzen, zugestehen, und darauf beruht es denn auch, daß man in der Praxis der deutschen, namentlich auch der hessischen Gerichte angenommen hatte, daß selbst nach Ablauf der Beweisfrist der beweisführende Theil mit s. g. besserem Beweise noch zugelassen werden dürfe[44]).

In Hessen wurde nun aber, auf den Grund einer geläuterten Rechtsansicht, der in der Praxis durch diesen weiteren Beweis erzeugte Auswuchs mittelst einer früher bereits erwähnten Vorschrift aus der neueren Zeit dahin beseitigt, daß der Vorbehalt und das Auflegen besseren Beweises, der Additionalbeweis, und der Beweis zur Meineidsverhütung nicht mehr stattfinde, sämmtliche Beweismittel vielmehr, die Eideszuschiebung mit inbegriffen, innerhalb der Beweisfrist oder in dem Beweistermin in gehöriger Weise anzugeben seyen. Hier mußte denn nun der Zweifel entstehen: ob nicht damit auch der zur Abwendung des Diffessionseides, nach Ablauf der Beweisfrist, angebotene Beweis der Aechtheit der Urkunde, als besserer Beweis oder Beweis zur Meineidsverhütung, ausgeschlossen worden sey?

Im Wege der gerichtlichen Auslegung hat man aber, wie bereits früher angedeutet worden ist[45]), für die verneinende Be-

---

44) Diese Schrift, Abth. II S. 360 fg.

45) Eben das. S. 365 Not. 24. In dem hier erwähnten Rechtsfalle war der Beweis der vom Erblasser des Verklagten erfolgten Zusicherung einer lebenslänglichen Pension dem klagenden Promissar zu beweisen auferlegt worden. Er trat diesen Beweis mit, eine solche Versicherung enthaltenden, Briefen des Promittenten an. Der Verklagte leugnete deren Aechtheit. Das O. A. Gericht legte ihm daher den Diffessionseid dahin auf: daß, so viel er wisse und glaube, sein Erblasser v. B. die bezeichneten Briefe weder geschrieben noch unterschrieben habe, diese Briefe auch mit Wissen und Willen des gedachten v. B. weder ge-, noch unterschrieben worden seyen. Im Wege der Restitution wider den Ablauf der Beweisfrist verlangte darauf der Kläger zum Beweis der Aechtheit der

antwortung dieser Frage, dahin also sich entschieden, daß in diesem Falle nur von einem Incident-Beweis, nicht von einem eigentlichen Hauptbeweise, einem Beweise im Sinne des gedachten Gesetzes, die Rede sey. Hiernach wird man mithin nunmehr in Hessen die Sache so aufzufassen haben, daß der Aechtheitsbeweis, welchen der Producent übernimmt, nicht als ein Angriff, sondern als eine Gegenwehr wider den Producten, welcher den Diffessionseid leisten will, zu betrachten sey. Das führt dann folgerichtig zu der weiteren Annahme, einmal, daß der Product nicht auch gegen diese Vertheidigung, den Aechtheitsbeweis, sich noch vertheidigen, Gegenbeweis also nicht führen kann [46]), sowie dahin, daß, im Fall des Mißlingen jenes, der Rückschritt zum begehrten Diffessionseid gestattet bleibt.

2. Kann sodann der Producent den Producten von der Leistung des Diffessionseides durch Antretung des Beweises zur Meineidsverhütung abhalten und auf diesem Wege zu seinem Vorhaben, der von ihm vorgelegten Urkunde Eingang zu verschaffen, gelangen? Es ist bereits früher [47]) ausgeführt worden, daß namentlich in Hessen bei der Eideszuschiebung dem Deferenten und zwar selbst in Folge des unternommenen besseren Beweises und sogar im Momente der bereits begonnenen Eidesleistung die Anwendung dieses Auskunftsmittels, bestehendem Gerichtsgebrauche

---

Urkunden zugelassen zu werden. Es wurde aber der Beschluß im Plenum des Gerichts dahin gefaßt, daß die einschlagende Vorschrift (§. 26 des Gesetzes v. 16. Sept. 1834) auf den zur Abwendung des Diffessionseides nach Ablauf der Beweisfrist anerbotenen Beweis der Aechtheit der Urkunden nicht anwendbar sey, Schreiber g. v. Berlepsch [8290] 11/10 1845. — Für die gegentheilige Ansicht wurde geltend gemacht: 1. Der Ausdruck des Gesetzes, wonach sämmtliche Beweismittel innerhalb der Beweisfrist angegeben werden sollen. 2. Die Consequenzen der gebilligten Annahme. Danach würde, in Folge des Mißlingens des Beweises durch Schriftvergleichung, noch Beweis durch Zeugen über den Act der Unterzeichnung versucht und endlich auf den Eid zurückgegriffen, ein successiver Gebrauch der verschiedenen Beweismittel also gemacht werden können, welcher weder mit den Worten noch mit der erkennbaren Absicht des Gesetzes sich vereinigen lasse.

46) Kori, sächs. bürg. Proceß §. 124; Linde, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. B. 11 S. 124.

47) Abth. II S. 365 fg.

zufolge, freistand, daß sodann im Laufe der Zeit die Zulässigkeit dieses Beweises anfangs auf den angetragenen oder zurückgeschobenen Eid beschränkt, beim gerichtsseitig auferlegten nothwendigen Eide — offenbar mit Rücksicht auf die dabei vorauszusetzende umsichtige Prüfung der Verhältnisse durch den Richter — verboten, schließlich aber aus den, auch bei dieser Modification hervorgetretenen Mißständen, derselbe schlechthin für unstatthaft erklärt worden sey [48]). Der Umstand nun, daß ein specielles Verbot des Beweises der Meineidsverhütung für die gerichtsseitig auferlegten nothwendigen Eide dem generellen vorausgegangen war, mußte zur Prüfung der Frage führen, ob unter diesen letztgedachten Eiden nicht auch der Diffessionseid verstanden worden sey, folgeweise also der zu dessen Verhütung unternommene Beweis nicht ebenwohl dem doppelten Verbote unterliege? Auch diese Frage ist indeß, gleich der unter 1. erwähnten, von dem obersten Gerichte in Hessen dahin verneinend entschieden worden, daß die Beweisführung über die Aechtheit einer Urkunde durch Zeugen oder Sachverständige zum Zwecke der Ausschwörung eines Diffessionseides, ihrem Zwecke und der Praxis gemäß, so lange zulässig erscheine, als dieser Eid noch nicht geleistet worden sey und ihr ein besonderer Grund nicht entgegenstehe [49]).

Nach dem unter 1. und 2. Bemerkten würde man also insonderheit in Hessen annehmen müssen, daß rechtliche Bedenken rücksichtlich der Statthaftigkeit des Aechtheitsbeweises in Betreff der producirten Urkunde um so weniger obwalten, als bereits im 17. Jahrhundert, nach der oben (S. 267) erwähnten gesetzlichen Vorschrift, „ferner Beweißthum per recognitores oder andere Wege" dem Producenten vorbehalten worden war. Daß aber auch nach gemeinrechtlichen Grundsätzen, welche hier eben so, wie in manchen andern Beziehungen, denen des sächsischen Rechts sich anschlossen, die eidliche Diffession alsdann nicht erfolgen konnte, wenn Kläger es dazu nicht kommen lassen, sondern, daß die Docu-

48) Ebendas. S. 369 fg. Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 26.

49) Fürstenberg g. Gümpel [5295] 11/2 1835; Lorsch g. Allebrand [241] 22/3 1845; Schreiber g. v. Berlepsch [8290] 11/10 1845. Diese Schr. Abth. II. S. 370 Not. 46.

mente richtig seyen, durch Zeugen oder in anderem Wege zu erweisen übernehmen wollte [49 a]), — darüber herrscht im Allgemeinen kein Widerstreit unter den Rechtslehrern und man wird daher mit demjenigen der Neueren, welche diese Lehre vorzugsweise mit Erfolg bearbeitet haben [50]), sagen können, daß diese Singularität allgemein angenommen und in den meisten Proceßgesetzen ausdrücklich anerkannt worden sey.

§. 8.

b. Verfahren.

Das Verfahren, welches in dieser Hinsicht stattfindet und die Grundsätze, welche dabei als normgebend erscheinen, sind kürzlich folgende:

1. Die Zeit, binnen welcher der Aechtheitsbeweis geltend zu machen ist, war eben so wenig bestimmt, als dieß in Beziehung auf den Beweis zur Meineidsverhütung der Fall war. Dort, wie hier, war der Producent resp. Deferent selbst im Momente des Eidesactes noch befugt, der Fortsetzung der Procedur Stillstand zu gebieten und mit neuem Beweismaterial ein neues Stadium des Verfahrens zu eröffnen, und dieses als Zwischenhandlung in das bisherige einzuschieben [51]). Und diese gemeinrechtlich ebenwohl geltenden Grundsätze [52]) haben denn auch in der neuesten Zeit in

---

49 a) Carpzov, P. 1 const. 17 def. 14.

50) Ortloff, a. a. O. S. 69.

51) Wie man beim O. A. Gericht in Cassel den Beweis der Aechtheit einer Urkunde mittelst anderer Beweise durch den Ablauf der Beweisfrist nicht für ausgeschlossen erachtete, wenn der Product zur Ausschwörung des Diffessionseids sich bereit erklärt hatte (v. Fürstenberg g. Gümpel, 1835); so wurde eben daselbst der Ausspruch eines Mittelgerichtes dahin, daß der zur Abwendung des Diffessionseids dienende Aechtheitsbeweis noch in dem zur Ausschwörung dieses Eids angesetzten Termin angetreten werden könne und daß der Zulassung desselben die Verwerfung des früher anticipando, aber unvollständig, angetretenen Beweises nicht entgegenstehe, vom Standpuncte der dahin erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde, weil gegen wesentliche Grundsätze des Processes nicht verstoßen worden sey, gebilligt, Jungermann g. Lahr [351] 11/2 1846.

52) Gensler, Archiv 2c. B. II S. 325; Ortloff, a. a. O. S. 70

Hessen eine Aenderung nicht erfahren. Denn, wenn einestheils vorgeschrieben wurde, daß sämmtliche Beweismittel innerhalb der Beweisfrist oder in dem Beweistermin in gehöriger Weise angegeben [53]), anderntheils aber die Anordnung sich findet, daß in dem zur Antretung des Beweises bestimmten Verhandlungs-Termin die Streittheile zur sofortigen Erklärung über die Beweismittel (Gegenbeweismittel) aufgefordert werden sollen [54]), — so tritt die Unanwendbarkeit dieser gesetzlichen Bestimmungen aus dem anerkannten Unterschied zwischen anderen Beweisen und dem hier in Rede stehenden, eine Diffession auf die Urkunde voraussetzenden, Aechtheitsbeweis, hervor [55]).

2. Von den Beweismitteln, welche hier in Betracht kommen, fällt das Geständniß, bei der bereits vorliegenden Ableugnung der Urkunde, die Eidesdelation aber wegen ihrer Gleichstellung mit dem Diffessionseide aus. Unter dieser Beschränkung ist denn die oben (S. 267) erwähnte Bestimmung der hessischen Sammthofsgerichts-Ordnung von 1673 zu verstehen, wenn dadurch dem Producten „Beweißthum per recognitores oder andere Wege" vorbehalten wird. Die regelmäßig sowohl von den Processualisten, als in den einschlagenden Proceßgesetzen erwähnte Beweisführung ist die durch Zeugen oder Schriftvergleichung. Jene, die Recognition des streitigen Documents durch Zeugen, ist in Hessen das ordentliche, diese ein außerordentliches, subsidiarisches Beweismittel. Die erstere steht daher der Schriftvergleichung nicht nach, sondern vor und wer in jener seinen Zweck verfehlt hat, wird noch zu letzterer zugelassen, nicht aber umgekehrt [56]). Was nun die Beweismittel im Einzelnen betrifft, so gilt darüber kürzlich Folgendes, und zwar, was

---

Not. 174: „Es kann auf den Diffessionseid erkannt seyn, der Gegner kann sich zu seiner Ableistung bereit erklärt haben, der Act des Schwörens kann schon eröffnet seyn, der Gegner kann die Hand zum Schwur erhoben haben; immer kann der Producent noch den Eid abwenden, so lange er nicht wirklich geleistet ist."

53) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 26.

54) Provisor. Gesetz v. 22. Dec. 1851 §. 61.

55) Vergl. den Ausspruch des O. A. Gerichts zu Cassel in dieser Schrift, Abth. 2 S. 365 Not. 4.

56) Decis. Cass. T. I dec. 136 n. 16 (p. 580).

a. die Zeugen angeht. Ihre Aussagen können auf Verschiedenes sich beziehen. Jene waren entweder anwesend, als die betreffende Person die Urkunde ausstellte oder unterschrieb [57]), — oder sie haben solche wohl gar mit unterschrieben [58]), — oder sie bekunden, daß der Product nach der Ausstellung der Urkunde dieselbe in ihrem Beiseyn anerkannt hat [59]). Die sonst hier zur Anwendung kommenden Regeln beim Zeugenbeweis sind im Wesentlichen nicht abweichend von den sonst geltenden Grundsätzen; namentlich wird hier durch die zwei Instruments-Zeugen voller Beweis erbracht [60]) und wenn derselbe nur unvollständig geführt erscheint, kann es zur Auflage des Erfüllungs-, oder, unter Umständen, des Reinigungs-Eides kommen [61]).

In einer Proceßordnung [62]) für den Hanau'schen Landestheil ist nun in Beziehung auf diesen Zeugenbeweis, und zwar von den gemeinrechtlichen Grundsätzen im Wesentlichen nicht abweichend, Folgendes vorgeschrieben worden: „Wann der Producent Zeugen angiebt, wormit er die eidliche Diffession abzulehnen vermeint, so sind dieselben — eydlich abzuhören und keineswegs über den Einhalt der vorgelegten schriftlichen Uhrkunden, sondern bloshin und lediglich über des Producten Hand und Siegell, summarisch zu Protocoll zu vernehmen. Sagen dann die Zeugen aus, daß sie den Producten das strittige Document ausstellen, unterschreiben, oder untersiegeln selbsten gesehen, oder auch von ihme, dem Producten, gehöret habe, daß er sich dazu bekenne: so macht dieses einen solchen vollständigen Beweiß aus, daß die eydliche Diffes-

57) Nov. 73 cap. 1, 2.

58) Glück Com. Th. 22 S. 99; Gönner a. a. O. II Nr. 46 §. 10 (S. 473) § 15 (S. 480).

59) Gensler, a. a. O. S. 328; Glück, a. a. O.; Cod. jur. bavar. judic. cap. XI §. 8 n. 1.

60) l. 20 C. de fid. instrum. (4. 21).

61) Glück a. a. O. S. 103. — Hohmann g. Sommermann [725] 8/3 1848, in Erw.: „daß im Falle der Weigerung des Appellaten den ihnen über die Aechtheit der Unterschriften der Urkunde — nachzulassenden Erfüllungseid abzuleisten, Appellanten den deshalbigen Diffessionseid und nach dessen etwaiger Ableistung weiter den von ihnen — angenommenen Schiedseid abzuleisten haben."

62) Hanau. U.-G. Ordn. v. 2. Jan. 1764 Tit. 18 §. 9.

sion productischer Seiten völlig nicht nur hinweg fällt und das Document mit gänzlichem Verlust aller Exceptionen vor recognosciret zu halten ist, sondern es sollen Ihme, dem Producten, über das auch die auf das vorsätzliche Abläugnen in denen Rechten gesetzten Straffen erschienen seyn, welche Wir vorhin gnädigst bestättiget haben" [63]).

b. In Ansehung des vom Producenten etwa geltend gemachten Beweises durch Schriftvergleichung kann auf das bei einer andern Veranlassung in dieser Hinsicht Ausgeführte sich bezogen werden [64]) und möge nur noch die hier einschlagende Bestimmung des Hanau'schen Rechts [65]) stehen, welche dahin geht: „Wollte aber der Product ein vorgelegtes Privat-Document gar nicht recognosciren, sondern solches eydlich diffitiren, denselben hierzu der der Producent hingegen nicht lassen, sondern dessenthalben entweder Comparationem Literarum anstellen oder auch die Recognition der Uhrkunde durch Zeugen vornehmen: So ist ihme, dem Producenten jenes sehr mißlich- und unsicheres, mithin nur in subsidium eingeführtes Comparationsmittel eher nicht zu verstatten, bis er eydlich erhalten hat, daß ihme alle übrige Beweißarten gänzlich abgehen und derselbe dahero ohne einige Nebenabsicht aus dringender Noth dazu schreite. Hiernächst haben beyde Theile, jeder einen Schreibverständigen vorzuschlagen, oder (wenn über diesen oder jenen Vorschlag eines Subjecti Streit entstände) der Richter solches, oder auch beyde von Amtswegen zu ernennen und anforderst in die gehörige Eidespflichten (wofern ihme solche von denen Partheyen nicht erlaßen werden) zu nehmen, welche Schreib-

---

63) In der dabei in Bezug genommenen Stelle Tit. 12 §. 10 heißt es: „— wollen Wir die in denen Römischen Rechten allschon gesetzten poenas inficiationum dahin kräftigst hierdurch bestättiget und erneuert haben, daß derjenige Theil, und dessen etwaiger Sachwalter, welcher einen zu der Sachen Entscheidung in Haupt- oder Neben-Puncten etwas beytragenden falschen Umbstand in facto wissentlich oder vorsätzlich entweder angeben, oder auch eine Wahrheit abläugnen und dessen nachher überführet wird hierumb nach Befinden nicht nur gestraft — werden, sondern über das seinem Gegentheil auch den doppelten Werth der strittigen Sache ersetzen — solle."

64) Vergl. das oben S. 68 flg. Bemerkte.

65) Hanau. Untergerichtsordn. Tit. 18 §. 8.

verständige demenach die Vergleichung der strittigen Handschrift vor allen Dingen mit einer solchen anderen, so der Product vor seine eigene Hand entweder selbsten anerkannt, oder wovon aber anderergestalt zur genüge versichert ist, daß er die seinige ganz ungezweiffelt seyn, anstellen und ihre Meynung zum Protocoll geben müssen. Finden dieselben dann zwischen beyden Handschriften keine völlige Gleichheit, oder sind nicht einerley Meynung, so bleibet der Product bey dem anerbottenen Diffessions-Eyd. Halten sie, die Schreibverständigen, aber beyde Hände war einerley, so soll dieses einen halben Beweiß schlechterdings noch nicht ausmachen, sondern der Richter selbsten wohl betrachten und nach denen Umständen ermessen, ob dem Producenten der Erfüllungs- oder dem Producten der Reinigungs-Eyd (welcher solchenfalls mit dem Diffessions-Eyd gänzlich übereinkommt) aufzulegen seyn."

c. Auch durch andere Urkunden läßt sich der in Rede stehende Aechtheitsbeweis führen: die Voraussetzung dazu liegt namentlich in dem Falle vor, wenn darin eine Anerkennung der in Rede stehenden Urkunde enthalten ist [65a]).

3. Es entsteht hier noch die Frage: welchen Erfolg der zur Verhütung der Ableistung des Diffessionseids unternommene Aechtheitsbeweis in dem Falle hat, wenn der Executivproceß eingeleitet und bis dahin darin verhandelt war? Specieller gefaßt also:

1. Verträgt sich die mit jener Beweisführung verbundene Weiterung mit der Natur und dem Zwecke dieses Verfahrens?

2. Muß nicht vielmehr in dem Antrage auf Aufnahme jenes Beweises ein Verzicht auf die Fortsetzung des Processes im Executiv-Verfahren gefunden werden?

Die Frage zu 1. ist zu verneinen; da, wenn im Executivproceß die Aechtheit der zur Begründung mit der Executivklage verfolgten Anspruchs vorgelegten Urkunden abgeleugnet wird, zur Abwendung der Ableistung des Diffessionseids ein vom Producenten mit im ordentlichen Beweise zulässigen Beweismitteln zu führender Beweis der Aechtheit der Urkunden in diesem Verfahren ausgeschlossen ist [66]). Die unter 2. erwähnte Frage ist zu bejahen. Demjenigen,

---

65a) Gensler, a. a. O. S. 328 fg.

66) Vergl. über die Begründung dieses Satzes die Motive einer deshalbigen

welcher einen Klaganspruch gerichtlich verfolgt, steht zwar die Wahl einer mindergünstigen Proceßart, als diejenige ist, zu welcher der

---

Entscheidnng des O. A. Gerichts zu Darmstadt vom 28. Febr 1851 (Seufferts Archiv, B. IV Nr. 185), die dahin gehen: Alle zur Begründung der im Executivprocesse zu verfolgenden Ansprüche rechtserforderlichen Momente müssen durch öffentliche oder Privaturkunden, s. g. guarentigirte Urkunden alsbald zu genügender rechtlicher Gewißheit erhoben werden. Nach der Eigenthümlichkeit dieser Proceßart werden gegen eine Urkunde die in der erwähnten Weise gehörig begründeten Vertheidigungsmittel zugelassen, welche, abgesehen von einigen dilatorischen Einreden, gleichfalls durch zu dem Ende genügende Urkunden sofort liquid gestellt werden können, während solche ohne diese Voraussetzung zur separaten Geltendmachung verwiesen werden. Auch in dieser Proceßart ist der Beklagte verbunden, in Beziehung auf die von ihm geleugnete Aechtheit der zur Begründung der Executivklage gebrauchten Urkunden auf Verlangen des Klägers den Diffessionseid abzuleisten, insofern sich nicht dessen Zulassung besondere Gründe eines zu besorgenden Meineides entgegenstellen sollten; es ist ihm jedoch hier, mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit dieses Verfahrens, die Gewissensvertretung durch Beweis, höchstens durch in continenti liquide Urkunden, insoweit dieses überhaupt möglich seyn sollte, gestattet, und zwar ganz aus dem nämlichen Grunde, aus welchem hier der Gebrauch der Eideszuschiebung nicht als ein statthaftes Beweismittel sich mit Rechtsbestand betrachten läßt. Erkennt man die Richtigkeit dieser Grundsätze an, welche in neuerer Zeit kaum noch bestritten werden, so erscheint es nur als consequente Folge derselben, daß ohne gänzliche Umänderung des Wesens des Executivprocesses einem mit der Executivklage aufgetretenen Kläger nicht gestattet seyn kann, die vom Beklagten bestrittene Aechtheit der zur Klagbegründung vorgelegten Urkunden, insoweit dieß nicht etwa durch in continenti liquide Beweismittel möglich seyn sollte, durch ein besonderes einzuleitendes Beweisverfahren darzuthun. Denn mit gleichem Recht müßte dann auch dem Beklagten zum Zwecke seiner Vertheidigung gestattet seyn, sich illiquider Beweismittel zu bedienen, indem ein befriedigender Grund für eine Ausschließung mit solchen nicht mehr zu finden wäre. Daß hier durch den Aechtheitsbeweis nur die Vollgiltigkeit der vorgelegten Urkunde als Beweismittel zunächst dargethan werden soll, vermag hiergegen als entscheidend eben so wenig betrachtet zu werden, als daß ein Gesetz einen solchen Beweis nicht ausschließt, indem das Verfahren in dem vorzüglich durch die Praxis ausgebildeten Executivproceß überhaupt durch keine allgemeine gesetzliche Vorschrift geregelt sich findet, es im Wesentlichen rechtlich offenbar ganz gleich ist, ob eine dem Wesen des privilegirten Executivprocesses widerstreitende, mit Weiterungen unvermeidlich verbundene Procedur in Bezug auf ein gebrauchtes Beweismittel, oder in irgend einer andern Richtung stattfinden soll, und ein im Executivverfahren auftretender Kläger es seinem eigenen Verschulden zurechnen muß, wenn er sich nicht vor Anstellung der Klage darüber vergewisserte, ob die von ihm vorgelegten Urkunden mit allen

Anspruch sonst sich eignet, frei; die einmal gewählte Proceßart nach erfolgter Einlassung des Verklagten zu verlassen, ist ihm aber, da dieser jetzt auf deren Beibehaltung ein, einseitig vom Kläger ihm nicht entziehbares, Recht erlangt hat [67]), deshalb untersagt, weil die Proceßart zu den wesentlichen Merkmalen des Rechtsstreits, die keine Veränderung gegen den Willen des Gegners zulassen, gehört [68]). Eine solche Veränderung ist einer Klagänderung gleich zu achten [69]) und kann daher nur auf die Weise geschehen, daß der Kläger den ganzen bisherigen Proceß, mit Uebernahme aller Kosten, fallen läßt und durch Einreichung einer neuen Klage einen neuen begründet [70]). Ein blos thatsächliches Uebergehen aus einer Proceßart in die andere in demselben Verfahren findet daher einseitig nicht Statt und die in dieser Hinsicht beim unbedingten Mandatsproceß scheinbar eintretende Ausnahme, wonach derselbe

---

wesentlichen Erfordernissen der Vollgiltigkeit versehen seyen? ob es bei etwaiger Besorgniß der eidlichen Ableugnung ihrer Aechtheit räthlich sey, von denselben hier Gebrauch zu machen? u. s. w., und wenn ihm dadurch, daß diese Urkunden nicht als in continenti liquide Beweismittel im Laufe des Verfahrens sich darstellten, etwa Nachtheile erwachsen. Nach den bei Briegleb (ü. executor. Urkunden und den Executivproceß Th. II S. 270, 272, 280, 281, 310, 363) allegirten Statuten mehrerer italiänischer Städte findet sich zwar die Gestattung eines solchen Aechtheitsbeweises erwähnt, es kommt indeß hierbei in sehr erheblichen Betracht, daß das in Italien üblich gewesene Executivverfahren von demjenigen, wie es sich in Deutschland nach und nach ausgebildet, in sehr wesentlichen Puncten abweicht, die namentlich auf den hier fraglichen Gegenstand von sehr bedeutenden Einfluß sind. Hierdurch wird jedoch einem Kläger, welcher der Ableistung eines Diffessionseides durch den Beklagten mißtraut, oder von den Folgen dieses Eides die Erzeugung besonderer Nachtheile befürchtet, die Möglichkeit nicht entzogen, dem ihm aus dem Executivproceß erwachsenden Vortheil zu entsagen, — was streng genommen schon in dem Berufen auf eine ordentliche Beweisführung stillschweigend enthalten ist, — und den von ihm gebildeten Anspruch im ordentlichen Verfahren zu verfolgen, in welchem er zur Erbringung eines Beweises der Aechtheit von Urkunden der fraglichen Art zur Abwendung der Ableistung des Diffessionseides nach fast allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen in der Regel zuzulassen seyn wird.

67) Gönner, a. a. O. B. II Abh. 30 §. 6, 7.

68) Gönner, a. a. O. B. I Abh. 20 §. 5 führt als Beleg vorzugsweise den Executiv-Proceß an.

69) Martin, Proc. §. 139.

70) Grolman, Theorie d. gerichtl. Verf. §. 168.

im Falle des Vorbringens erheblicher illiquider Einreden von selbst in den ordentlichen verwandelt wird, stellt sich als eine solche deshalb nicht dar, weil schon die eigenthümliche Natur dieser Proceßart es mit sich bringt, daß solche als Mandatsverfahren bedingt sey durch die Nichtexistenz weitaussehender Einwendungen und daß, selbst bei einer solchen Verwandlung, eine andere summarische Proceßart, wenn der Rechtsstreit dazu sich eignet, an die Stelle tritt [71]). Mit diesen Grundsatz in Uebereinstimmung hat denn auch so wie angedeutet die zuletzt aufgestellte Frage bei den hessischen Gerichten ihre Lösung gefunden, indem zugleich der Grundsatz anerkannt wurde, daß der Kläger nur durch sofortigen Beweis der Aechtheit der von ihm producirten Urkunde durch andere gehörig geeigenschaftete Documente die Ausschwörung des Diffessions-Eides abwenden könne. Einige Fälle mögen dieses beglaubigen:

Im ersten war aus einem Wechsel geklagt und der Executivproceß eingeleitet worden. Der Verklagte erklärte sich zur eidlichen Diffession bereit, worauf der Kläger zum Beweise der Aechtheit des auf dem Wechsel befindlichen Cessionsacts sich erbot. In diesem Erbieten fand das Obergericht, bei der Unstatthaftigkeit

---

71) Martin, a. a. O. §. 238; Grolman, a. a. O. §. 243 N. III Not. 1 entscheidet zwar die Frage: ob der Kläger der in dem ordentlichen Processe ihm zustehenden Mittel, die eidliche Ableugnung abzuwenden, sich bedienen könne? dahin: es sey das mit dem Executivprocesse unverträglich; da aber der Implorant auf diese zu seinem Vortheile eingeführte Verfahrungsart Verzicht leisten könne, so sey eine Erklärung des Imploranten, daß er sich jener Mittel bedienen wolle, nicht verwerflich; es müsse aber von diesem Augenblicke an angenommen werden, daß er den Vortheilen des executivischen Verfahrens entsagt habe. Soll indeß diese Aeußerung nicht im Widerspruch mit dem früher erwähnten Princip desselben Schriftstellers treten, so muß man sich die Voraussetzung hinzudenken, daß der Verklagte einen solchen Uebergang ohne die gleichzeitige Verurtheilung des Klägers in die ihm jedenfalls obliegenden Kosten des bisherigen nutzlosen Verfahrens gefallen lasse; da es eine unzweifelhafte Rechtsregel ist, daß eine Partei, welche eine anfangs gewählte Art der Rechtsverfolgung später verändert, berichtigt, oder aufgibt, den Gegner entschädigen muß, wenn erhellt, daß gerade das Abgeänderte und Berichtigte ihm Kosten verursacht habe, welche er hätte vermeiden können, wenn gleich anfangs anders verfahren worden wäre, Mittermaier, Proc. H. 4 S. 125; Gensler Com. zu Martin S. 194 Nr. 2 (S. 304); Weber, ü. Proceßkosten §. 3 c. Nr. 5; Gett, Executivproc. S. 138 fg.

eines solchen Beweises im Executivproceß, ein Fallenlassen dieser Proceßart und das Uebergehen in eine andere, minder schleunige; hielt diese Veränderung auch nicht für unstatthaft und ließ dem Verklagten nach, seine bisher nur vom Gesichtspuncte des Executivprocesses aus erstattete Rechtsvertheidigung nunmehr vom Gesichtspuncte eines gewöhnlichen summarischen Verfahrens aus vorzubringen. Als dieser deshalb in letzter Instanz sich beschwerte, wurde auch dahin entschieden, daß die Sache in dem eingeleiteten Executivprocesse fortzusetzen und sodann auf die Vorträge der Parteien was Rechtens zu erkennen sey [72]).

In einem andern Falle erklärte sich der im Executivprocesse aus einer Bürgschafts-Urkunde auf Zahlung der Schuld belangte Erbe des Bürgen im Recognitions- resp. Diffessions-Termin zur Ableugnung bereit, was den Kläger zum Anerbieten, den Aechtheitsbeweis führen zu wollen, veranlaßte. Das Untergericht ließ zwar solchen zu, ohne jedoch auf Beweis zu interloquiren. Später wieß das Obergericht auf des Verklagten Appellation der Kläger aus dem Executivproceß in das ordentliche Verfahren, weil die im ersten Termin vom Kläger abgegebene Erklärung, den Aechtheitsbeweis durch Schriftvergleichung führen zu wollen, die Verhandlung der Sache im Executivproceß als unstatthaft darstelle, des Klägers Verweisung in das ordentliche Verfahren daher erforderlich erscheine, indem die Fortführung des Rechtsstreits auf den Grund der bis dahin gepflogenen Verhandlungen, insbesondere mit Zugrundelegung der auf den eingeleiteten Executivproceß berechneten Vernehmlassung des Verklagten, unzuläßigerweise zur Beeinträchtigung der dem letzteren etwa zustehenden, in der gedachten summarischen Proceßart aber nicht zuläßigen, Vertheidigung führen

---

72) Fisc. Pr. g. Lennep [2045] 15/10 1834, in Erw.: „daß der Uebergang aus einer von dem Kläger einmal gewählten Proceßart in eine andere, insonderheit zu dem Zwecke, um die Verhandlungen in letzterer von Neuem zu beginnen, nach erfolgter Einlassung des Verklagten ohne dessen Zustimmung nicht anders geschehen kann, als indem der Kläger auf das bisherige Verfahren gänzlich Verzicht leistet und dem Verklagten die dadurch verursachten Kosten erstattet; — daß aber eine solche mit dem Erbieten zum Kostenersatze verbundene Verzichtleistung vom Appellaten nicht erklärt ist und aus der Vorbringung eines im Executivprocesse unzuläßigen Antrags allein noch nicht gefolgert werden kann."

würde. Auf die an die dritte Instanz fortgesetzte Berufung erfolgte ein das angefochtene Erkenntniß bestätigender Ausspruch [73]).

§. 9.

Erkenntniß.

Ist nun der Aechtheitsbeweis des Producenten mißlungen, oder gar nicht unternommen, die Urkunde aber geleugnet, so kommt es dann im letzteren Falle darauf an, ob der Producent ausdrücklich vom Producten die eidliche Diffession verlangt hatte, oder nicht. In diesem Falle muß nach dem früher (S. 278) Bemerkten vorerst noch eine Erklärung des letzteren über seine Bereitwilligkeit zur Eidesleistung gerichtsseitig veranlaßt werden; in jenem dagegen wird zur Auflage und Ableistung des Diffessionseides geschritten [74]), nach der bereits (S. 274 a. E.) angedeuteten Formel [75]); in welcher Hinsicht einestheils die schon (S. 267) erwähnte allgemeine Vorschrift des vaterländischen Rechts „wann er (Product) sie diffitiren würde, mag der Producent dasjenig, so diffitirt ist, wie recht verificiren, oder wan ers nicht thun würde, dasselbig in Recht entgelten", dann aber auch die für die Hanau'schen Gebietstheile geltende besondere Vorschrift [76]) zu berücksichtigen ist, wodurch, in Unterscheidung der verschiedenen, hier möglichen, Fälle, Folgendes angeordnet wird: „Vermag hingegen der Producent den Diffessionseid mit Bestand Rechtens nicht abzulehnen, so muß der

---

73) Scheffer g. Becker [90] 28/9 1847.

74) So wurde z. B. nach versuchter Führung des Beweises der Aechtheit der Urkunde der Erfüllungseid dem Producenten nachgelassen und zugleich, für den Fall der Verweigerung desselben, dem Producten die Ausschwörung des Diffessionseids, daneben aber nach dessen etwaiger Ableistung weiter der von demselben angenommene Schiedseid auferlegt, Hohmann g. Sommermann [725] 8/3 1848.

75) Rulant. tr. de commissar. et commission. P. II l. 5 c. 39 n. 14 gibt solche dahin an: „Ihr werdet schwören einen Eyd zu Gott, daß euch der Inhalt der Schrifft, so jezt vorbracht, auch die Sigilla der Original-Brieffe darinnen vermeldet, zu recognosciren nicht möglich, sondern hiermit dieselbe dergestalt diffitiret und verneinet, daß solche euch gantz unbekannt, auch diejenige, vor die sie angegeben werden, zu seyn nicht wissen könnet —."

76) Hanau. Untergerichtsordn. Tit. 18 §. 10.

Product denselben (wann kein auf Richterlichem Ermessen beruhender redlicher Verdacht eines Falsi von ihme beizubringen stehet) in Ansehung des Einhalts sowohl, als der Unterschrift und zwaren ohne Zulassung eines, obgleich absonderlich dazu Bevollmächtigten, in eigener Person dahin würklich abschwöhren, daß er die vorgelegte Uhrkunde (wann sie nehmlich vor seine eigene Hand von dem Producenten ausgegeben wird) „weder geschrieben, noch unterschrieben habe, solche mit seinem Wissen und Willen auch durch einen anderen nicht geschrieben, noch unterschrieben worden"; — oder, woferne nicht von des Producten eigenen, sondern von einer dritten Hand die Frage wäre, „wasmaßen er nicht glaube, noch davor halte, daß der Aussteller diese Uhrkunde geschrieben, oder unterschrieben habe, oder dieselbe auch nach seinem (d. h. dessen) Wissen und Willen geschrieben worden. — Hätte aber der Product hinlängliche Anzeigen eines Falsi beygebracht und wäre deswegen zur alleinigen eydlichen Diffession des Einhalts zu lassen, so muß derselbe schwören, „daß er von dem Einhalt des producirten Documents nichts wisse, und solches ohne seinen Willen und Vorbewust aufgesetzt und ausgefüllet worden"; wiedrigenfalls und wann schon er, der Product mit dergleichen Verdacht einer Betrügerey nicht aufkommen kann, so bleibet ihme jedoch unbenommen, seine Exceptiones durch den Gegenbeweiß, oder wann das Document hierbey erst produciret worden, der Nothdurft demenächst in der Reconvention auszuführen".

§. 10.

Wirkung und Anfechtung des Diffessions-Eids.

I. Als allgemeine Wirkung der Ausschwörung des Diffessionseides stellt sich nun nicht schlechthin die sonst eintretende Folge, daß der Verklagte ohne Weiteres von der Klage zu entbinden sey [77]), sondern zunächst nur die heraus, daß die Urkunde völlig unwirksam wird. Dieß hat

1. wenn dieselbe im Executivproceß producirt worden ist, die Bedeutung, daß der letztere ohne Weiteres seine Endschaft erlangt.

2. Auch im Uebrigen ist rücksichtlich der Folge jener Eides-

---

77) l. 5 §. 2, l. 2, 25 D. de jurejur. (12. 2).

leistung der Satz entscheidend, daß diese Frage nur auf die Aechtheit der **Urkunde** sich bezieht, indem die Thatsache, das Geschäft, an sich, welche durch jene dargethan werden soll, keinen Gegenstand jenes Eides bildet [78]), vielmehr dem Producenten, wenn der Gegner den Eid geleistet hat, nur dieses Beweismittel, jenem aber damit die Möglichkeit nicht entzogen wird, den Inhalt der Urkunde, die Thatsache, z. B. das Darlehn, selbst in anderer Art nachzuweisen.

Hierbei tritt dann aber wiederum der **Unterschied** hervor, welcher von den Rechtslehrern nach dem früher (S. 268 fg.) Angeführten **rücksichtlich der rechtlichen Natur des Diffessionseides** gemacht worden ist. Könnte man davon ausgehen, daß derselbe ein **Calumnieneid** sey, alsdann müßte man es nach dessen Bedeutung, wonach nicht die Wahrheit, sondern nur die Unwissenheit und der Glaube des Schwörenden dadurch erhärtet wird, unbedenklich finden, daß dem Beweise der Aechtheit durch neu aufgefundene Beweismittel Eingang gewährt und Wirkung beigelegt werden müsse [79]). Würde man andererseits dem Diffessionseid die Eigenschaft eines **zugeschobenen Eides** beilegen, alsdann hätte derselbe, gleich diesem [80]), den Erfolg, daß er nur durch den Beweis des Meineids aufgehoben werden kann. Wenn dabei von Manchen [81]) behauptet wird, daß in solchem Falle nicht blos der Meineid, sondern auch die Richtigkeit der Urkunde vollkommen erwiesen werden müsse, und daß ein unvollständiger Beweis, wegen der für den Schwörenden streitenden Vermuthung, nicht zureiche, so wird man dieß heutigestags dahin zu verstehen haben, daß dieser Beweis der Aechtheit schon vor dem betreffenden Strafgericht geführt und daß derselbe dem Er-

---

78) wenn gleich man, wie aus den im vorigen §. angeführten Eidesformeln particularrechtlicher Bestimmungen die auf den Inhalt der Urkunde mit erstreckt worden, beispielsweise sich ergibt, dieser wahren Bedeutung des Eides nicht stets sich bewußt geblieben ist.

79) eine Folge, die von diesem Standpuncte aus **Mevius** P. I dec. 95, demselben beilegt.

80) P. G. Ordn. Art. 107; l. 1, 13 C. de reb. cred. — **Malblank** l. cit. §. 64, 65; **Walch** de instrumentor. post juratam diffessionem fide, Oper. T. III ex. 11 §. 10. **Leyser** spec. 145 med. 1; spec. 576 med. 12; **Heffter** System d. Proc. §. 251 (S. 305).

81) z. B. **Danz**, ordentl. Proc. §. 335; **Walch**, l. cit.

kenntnisse über den Meineid zum Grunde gelegt worden seyn müsse. Wenn man endlich der bisher angenommenen Ansicht folgt, daß der Diffessionseid kein deferirter, sondern vielmehr ein gesetzlicher sey, so stellt sich der Beweis des Gegentheils ebenwohl und allein schon für genügend dar, um die Wirkungen der Eidesleistung zu zerstören [82]) und dabei wird dann, abgesehen von der gedachten Natur des Eides, auch auf die nach dem Obigen (S. 271 fg.) irrige Gleichstellung der eidlichen Diffession mit der Streiteinlassung, auf die erst die Beweisantretung folge, sich bezogen und der Beweis des Gegentheils dem Producten nachgelassen [83]).

II. Ueber die Frage: ob das Ergebniß des Diffessionseides im Weg der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beseitigt werden könne, besteht Verschiedenheit der Ansichten unter den Rechtslehrern [84]). Der gegen ihre Zulassung angeführte Grund, daß der Fall, in welchem der Producent den Aechtheitsbeweis wähle, dem einen Vergleich wirkenden Falle der Eidesdelation, in Beziehung auf welchen jenes Rechtsmittel gestattet ist, gleich stehe [85]), scheint die Billigung nicht versagt werden zu können.

---

82) Stryk, de cautel. juram. P. III sect. 3 cap. 5, n. 406.

83) So führt in dieser letzteren Hinsicht Pufendorf obs. T. I obs. 55, einen Fall an, in welchem aus einer dem Vater des Klägers vom Vater des Verklagten ausgestellten Schuldurkunde geklagt worden war. Als der Verklagte dieses Document eidlich diffitirte, schlug der Kläger Zeugen zum Beweis der Aechtheit, der Verklagte aber dergleichen zum Beweise des Gegentheils vor. Der Zweifel wurde dadurch erhöht, daß in der hier in Betracht kommenden Ordnung für das O. A. Gericht zu Celle Th. II Tit. 8 §. 7 zwar dem Producenten der Beweis der Aechtheit vorbehalten, darüber aber, ob der Gegenbeweis zuläßig sey, nichts bestimmt war. Inzwischen entschied das gedachte Gericht sich für die Bejahung dieser Frage in dem Fall, wo wie im vorliegenden, ein gegentheiliger Grund nicht obwalte. Pufendorf bemerkt dabei, es lasse sich auch gegen die Statthaftigkeit dieses Gegenbeweises der Umstand nicht anführen, daß derselbe wider einen Gegenbeweis gerichtet gewesen, da der Eid des Verklagten nur ein purgatorium sey. Der Kläger habe wider den Diffessionseid nicht den Gegenbeweis, sondern den Beweis unternommen, und aus der unterlassenen Erwähnung des Gegenbeweises in der erwähnten Gerichtsordnung folge nicht dessen Mißbilligung.

84) Burchardi, Wiedereinsetz. in d. v. Stand, S. 138; Gensler a. a. O. S. 327; Schmid, Handb. d. Civilproc. Th. II S. 307.

85) Ortloff, a. a. O. S. 67.

Fünfter Abschnitt.

Der Editions-Eid.

Erstes Kapitel.

§. 1.

Gesetzliche Begründung und rechtliche Natur desselben.

Wenn der beweispflichtige Theil durch Urkunden seinen Obliegenheiten nachzukommen suchen will, dieselben im Besitze des Gegners oder eines Dritten sich befinden, jener insonderheit aber zur Verabfolgung der Documente nicht bereit ist, weil er sie nicht, oder nicht mehr zu besitzen vorgibt, — so liegt hier ein Verhältniß vor, das Vergleichungspuncte mit demjenigen darbietet, welches nach älterem deutschen Rechte in Beziehung auf den Reinigungseid, der dem Verklagten zu schwören freistand, eintrat. Wie im letzteren Falle der Verklagte den ganzen Anspruch des Klägers an seine rechte Hand zog und damit jenes sich erwehrte, so war es im ersteren ein Beweismittel, dessen Verabfolgung er auf den Grund mangelnden Besitzes durch den Eid von sich hätte ablehnen können. Sätze, welche, wenn sie auch zum Theil auf nicht glossirten Stellen des römischen Rechts beruhten, dahin gingen: daß die Argentarien ihren Kunden die Rechnungsbücher ediren müßten[86]; — daß, wenn ein Sclave wider Wissen seines Herrn einem darauf sich beziehenden Geschäfte vorgestanden habe,

86) l. 1, 4 pr. D. de edendo (2. 13). Vergl. M. Mittermaier, ü. d. Gründe d. Verpfl. zur Edition v. Urkunden (Heidelb. 1835) S. 40 fg.

der Herr von solcher Editionspflicht dadurch sich zu befreien im Stande sey, daß er schwöre »eas se rationes non habere«[87]); — daß ferner Derjenige, welchem die nochmalige Vorlegung einer früher im Rechtsstreit bereits von ihm producirten und für tüchtig erkannten Urkunde zum Zweck der Ermittelung der nachträglich vom Gegner behaupteten Verfälschung derselben aufgegeben worden, wenn er wegen angeblich eingetretenen Verlusts derselben der Folgeleistung sich weigere, mit einem seiner Behauptung entsprechenden Eid[88]) sich befreien könne; — und daß die Pflicht zur Edition von Urkunden ähnlich sey derjenigen zur Ablegung eines Zeugnisses gegen einen Freund, — sowie endlich, daß die Eidesleistung die Folge der Befreiung von jener Obliegenheit, die deshalbige Weigerung aber seine Verurtheilung dazu nach sich ziehe[89]); — mußten schon ihres Inhalts wegen dem Rechtssinne unserer Vorfahren zusagen, und namentlich, was die zuletzt erwähnten Annahmen betrifft, sehr bestimmt an den deutschen Reinigungseid erinnern. Es trat jedoch hinzu, daß die Glosse selbst, zu andern Stellen der Rechtsquellen, in einem der zuletzt erwähnten ähnlichen Sinne sich ausgesprochen und dadurch den Uebergang der auf diese Disciplin sich beziehenden römischrechtlichen Grundsätze vorbereitet hatte. Zu der bereits früher erwähnten l. 31 D. de jurejur (S. 9) bemerkte die Glosse[90]): man müsse unterscheiden, ob der Kläger rücksichtlich seiner Intention Beweis geführt habe, oder nicht; im letzteren Falle müsse der Verklagte von der Klage entbunden werden, »nisi in casibus, in quibus lex defert reo juramentum ad purgationem sui«. Bei der damit verbundenen Aufzählung der

---

87) l. 4 §. 3 eod.

88) »tunc subeat sacramentum quod nec habeat eandem chartulam, nec alii eam dederit, nec apud alium voluntate ejus constituta sit, nec dolo malo fecerit: quo minus appareat (ea) sed (re vera) ipsa chartula sine omni dolo sit deperdita et productio ejus sibi impossibilis«, l. 21 C. de fid. instrum. (4. 21).

89) l. 22 (nicht gloss.) C. eod. (4. 21); sie bezieht sich auf die Pflicht dritter, nicht mitstreitender Personen, zu ediren und enthält den Satz: »Illi codices vel instrumenta proferre cogantur, qui et testimonium dicere adversus aliquem coguntur.«

90) »Exacto jurejurando.«

dahin einschlagenden Fälle wird denn auch der eben erwähnten l. 21 C. de fide instrum. (4. 21), des Eides also gedacht, welcher von derjenigen Partei geleistet werden soll, die im Besitze einer vom Gegner als unächt dargestellten Urkunde sich angeblich befinde. Der Eid war also hier darauf gerichtet, daß jene ohne Arglist des Schwörenden verloren gegangen und deren Vorlegung solchem unmöglich sey. Der Grund, aus welchem eine Obliegenheit zur Eidesleistung hier angenommen wurde, bestand in der Unterstellung, daß, weil jener früher die Urkunde besessen habe, angenommen werden müsse, er besitze sie noch, woraus dann folge, daß er nur durch die Leistung des Schwurs über den gegentheiligen Sachverhalt Gewißheit geben, von der wider ihn streitenden Vermuthung sich reinigen könne. So ist es zu verstehen, wenn zur l. 21 C. cit. selbst in der Glosse [91]) als Grund, weshalb hier der Eid geschworen werden müsse, der angegeben wird, »quia praesumitur, quod habeat eam« (sc. chartam) »cum habuerit litis contestatae tempore«. In ähnlicher Weise wird dann weiter [92]) rücksichtlich derjenigen Fälle, in welchen Jemand durch den Eid sich zu reinigen habe, eben jene l. ult. (21) C. de fide instrum. mit dem Zusatze erwähnt, daß bei diesen Eiden eine Zurückschiebung nicht stattfinde.

Von gleichem Grundsatze wurde auch in der Glosse zum canonischen Rechte ausgegangen, indem namentlich zu der Vorschrift, daß ein des Wuchers Verdächtiger durch die censura ecclesiastica zur Vorlegung seiner codices rationum anzuhalten sey [93]), bemerkt wird, daß, wenn derselbe solche nicht mehr zu besitzen oder verloren zu haben behaupte, er bei der gegen dieses Vorgeben streitenden Vermuthung, den Beweis und zwar durch den Eid über dessen Wahrheit zu erbringen habe [94]).

---

91) »Sacramentum«.

92) Gl. »conscientia« ad l. 6 §. 4 C. de his qui ad eccles. confug. (1. 12).

93) Cl. un. §. 1 (5. 5).

94) Gl. »Compellendos«: »In eo ergo quod dicit re non habere vel perdidisse, non credetur nisi aliter probet; habet ergo probare amissionem cum casu, pone incendio vel ruina; — non fit ergo magnum praejudicium, si super amissione statur juramento.«

Spätere Commentatoren gingen von gleichen Lehrsätzen aus[95]); ja Cameral-Schriftsteller, wie A. Gail[96]) bezogen sich zur Begründung der Editionspflicht selbst auf die in dem römischen Rechte aufgestellten und auch in der nicht glossirten l. 22 C. de fid. instr. (4. 21) in Bezug genommenen Analogie zwischen der Pflicht Zeugniß abzulegen und derjenigen, ein dem Nachsuchenden wichtiges Document zu produciren; vorausgesetzt nur, daß dem Richter das deshalbige Interesse »summarie« dargelegt würde, zu welchem Zwecke er »semiplenae probationes, praesumptiones et indicia« regelmäßig für genügend erachtete. Es gelangte die deutsche Praxis zu dem allgemeinen Princip, daß jeder Editionspflichtige, wenn er den Besitz der von ihm geforderten Urkunden leugnen wolle, schwören müsse, daß er nicht besitze[97]). Vornämlich wurden jene Sätze durch die chursächsische Proceßordnung v. 1622, Tit. 26, und mittelbar dadurch auch in andern deutschen Territorien in Aufnahme gebracht und näher entwickelt. Wie dabei selbst die nicht glossirte Stelle des Codex (l. 22 C. de fid. instr., 4. 21) von Einfluß gewesen ist, hebt namentlich Carpzov[98]) hervor, indem er, unter Anführung des in dieser Stelle aufgestellten Erfordernisses, daß nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag einer Partei die Edition verlangt werden dürfe, bemerkt: »Et non obscure hoc approbavit Serenissimus Saxoniae Elector in Ordinat. process. tit. 26 in pr.« und später[99]) weiter dahin sich äußert: »Idque« (remedium, d. h. der Editionseid) »non ab Interpp. effictum, sed jure adinventum est; prout liquet ex rescripto Imperatorio in l. ult. C. de fid. instrum. Quod et in provinciis sui Electoratus repetiit et confirmavit Saxo Serenissimus in ordin. process. cit.«.

Die hier in Betracht kommenden, auch für die Auffassung im gemeinen Proceßrecht sehr einflußreich gewesenen, Hauptsätze dieser Proceßordnung sind nun aber folgende:

95) Carpzov, proc. jur. in foro. sax. tit. 14 art. 4; Wetzell a. a. O., S. 156 Not. 108.

96) (geb. 1526, † 1587); pract. observ. lib. I obs. 106.

97) Malblank, de jurejur. p. 117.

98) a. a. O. (S. 422).

99) a. a. O. (S. 426).

1. Die rechtliche Bedeutung der Editionspflicht und des darauf sich beziehenden Editionseides sowie die Annahme, daß der letztere nicht von Amtswegen aufzulegen sey, sondern beantragt werden müsse, geht hervor aus §. 1, welcher dahin lautet: „Wann ein Part im Rechten anzeucht, daß bey seinem Gegentheil briefliche Uhrkunden vorhanden, und begehret, die zu ediren und vorzubringen, ist durch üblichen Brauch der Gerichte dieser Landen eingeführet, daß der, von welchem die Edition begehret wird, Eydlichen zu betheuren schuldig, daß er solche Documente bey sich nicht habe, noch gefährlicher Weise von abhänden kommen lassen".

2. Darüber, daß die erforderliche Voraussetzung in der Person des Imploraten vorhanden seyn, einige Vermuthung gegen ihn obwalten müsse, wird ebendaselbst angeordnet: „Es soll auch ferner hierbey dieses erwogen werden, ob einige Vermuthung, daß der Part, von dem die Vermuthung begehret wird, solche briefliche Uhrkunden bei sich habe; dann wann derowegen keine vorhanden, achten wir vor unbillig, einen auff bloßes Angeben seines Gegentheils, mit der Edition zu beschweren".

Zu dieser Vorschrift bemerkte Carpzov [1]), die Beurtheilung der Frage, ob eine solche Vermuthung begründet sey, müsse dem Ermessen eines verständigen Richters überlassen bleiben und führte nur als Beispiele für eine solche an: »veluti si conventus habuerit causam a petente; vel pro re exhiberi petita fuerit ipsi obligatus; aut si documenta fuerint penes defunctum, cujus heredibus editio imponenda«. Demgemäß formulirte er auch den in dieser Hinsicht zu ertheilenden Bescheid dahin: „Würde Kläger bescheinigen, daß das Documentum — bei Beklagten vorhanden, inmaßen ihme zu thun obliegt, so ergienge dessen Edition und Recognition halber was recht ist".

3. Daß es indessen der Darlegung einer solchen Vermuthung in dem Falle nicht bedürfe, wenn der die Edition Nachsuchende dem Imploraten über den Besitz der Urkunde den Eid zuschiebe, setzte der §. 2, a. a. O., fest, der dahin disponirt: „Es wollte dann der, welcher die Edi-

---

1) a. a. O. (S. 422).

tion derer ihme zugehörigen oder beyder Theilen gemeinen Uhrkunden begehret, ihme derentwegen, daß er solche Brieffe bey sich habe, einen sonderlichen Eyd deferiren; denn auff solchem Fall were der, von dem die Edition gesucht wird, denselben Eyd, wenn gleich keine andere Nachrichtigung vorhanden, jedoch auffs Deferenten vorgehenden Eyd für Gefehrde, zu leisten schuldig, und könnte ihm dem Gegentheil nicht referiren, noch in solchem Fall zu Vertretung seines Gewissens mit Beweiß zugelassen werden".

Carpzov weist in Beziehung auf diese Stelle darauf hin, daß darin etwas von den gemeinrechtlichen Grundsätzen über die Eidesdelation Abweichendes nicht enthalten sey, das Nachsehen des Mangels der Vermuthung für den Besitz der Urkunde Seitens des Gegners, im Fall der Zuschiebung des Eides über denselben, aber darin seine Erklärung finde, daß die die Edition begehrende Partei diesen Mangel durch ihren Eid vor Gefährde ersetze [2]).

4. Ueber die Folge der Eidesverweigerung bestimmte sodann dieß Gesetz, §. 4: „Würde sich aber Jemand solcher Edition und des Eydes verweigern, mag er durch eine ansehnliche Straffe, nach Gelegenheit der Sachen [3]) und seines Vermögens hierzu angehalten, oder wenn es Beklagter wäre, daß die geforderten Documenta pro editis et recognitis billig zu halten, in Rechten erkandt, oder auch, da er Klägers Stelle hat, mit seiner Klage ferner nicht gehöret werden".

5. Endlich ist noch eine Bestimmung desselben Tit. 26 zu erwähnen, wodurch die Vornahme eines Versuchs diesen Eid zu vermeiden vorgeschrieben wird: „Do aber gleich einem in oberzehlten Fällen die Edition vermittelst Eydes zu thun aufferleget würde, soll doch zu solchem Eide nicht geeilet, sondern, wann einer alle die Brieffe, welche er bey sich hätte, fürzulegen erbötig wäre, er erstlich damit zugelassen und seinem Gegentheil sich darinnen zu ersehen verstattet

2) a. a. O. S. 423

3) Carpzov a. a. O. S. 425 bemerkt hierzu: „medium hoc non indifferenter, nec ubique usurpandum, sed demum, quando aliter actori prospectum non est, veluti si de contentis instrumentorum non constet. Nec enim condemnare potest reum judex, si nesciat, quis ex instrumento obligetur in quo editionis pariter instrumenti et recognitionis effectus existit."

werden. Und wann derselbige hierauff den solcher Edition nicht begnügig, sondern vorwendet, daß noch mehr Brieffe vorhanden seyn müssen, soll alsdann erst angeregter Eyd der gesuchten Edition halber würklichen geleistet werden".

Eine Reihe von gleichzeitigen und nachgefolgten Verordnungen in den sächsischen Landen und in andern Territorien enthielten die gedachten sächsischen Vorschriften theils wiederholende, theils näher bestimmende, theils davon abweichende Satzungen [4]). In diesen beiden letzteren Beziehungen sind folgende Bestimmungen anzuführen, welche von einigem Interesse erscheinen:

In der erläutert. Magdeburg. Proceßordnung v. 1696 wird das Erforderniß der Vermuthung für den Besitz der Urkunde näher bezeichnet Cap. 36 §. 1: „Da jemand summarischer Weise, oder durch einen beglaubigten Zeugen bescheinigen, oder in dessen Verbleibung dem Gegentheil des Juramentum litis decisorium deferiren würde, daß bey ihm briefliche Uhrkunden vorhanden, daß er zum Theil erweißlich berechtigt, ist der Inhaber dieselbe gerichtlich vorzulegen schuldig."

In der Schwarzburg'schen erneuerten Gerichts- und Proceß-Ordnung [5]) wird im §. I, nach erfolgter Bestimmung der Zulässigkeit des Editionseids, der Gefährdeeid, so wie der Beweis zur Gewissensvertretung untersagt; im Fall der vorhandenen Obliegenheit zur Edition, „als wann Tausch-, Kauf- und Pacht-Briefe, oder andere documenta editionem petentis propria, oder auch communia gesucht würden", sodann vorgeschrieben, daß dann ohne weitere Bescheinigung auf die Edition oder allenfalls auf den Eid zu erkennen sey. §. II. Außer solchen Fällen aber und wo auch keine starke Präsumtion wieder den angegebenen Inhaber militirte, soll zum wenigstens durch eines Zeugens summarische, jedoch eydliche Aussage darge-

---

4) Dahin gehören: die Pommersche Gerichtsordn. v. 1566 Tit. 49; Proceßordn. Ferdinands II. für Böhmen, Art. 23 §. 28; Sachsen-Gotha. Proceßord. Th. I Cap. 29, Satz 31; Mecklenburg-Güstrowsche Proceßord. Th. 2 Tit. 27; Anhaltsche verbess. Proceßordn. v. 1666 Tit. 9 §. 2; Halberstadtsche P. O. v. 1652 Th. I Cap. 5.

5) Th. II Tit. 16, von Edirung brieflicher Uhrkunden. (Vergl.: Hellfeld, repertor. reale pract. Th. II S. 1284.)

than werden, daß das angeforderte Document bey demselben gesehen worden, da auch dergleichen nicht beyzubringen stünde, möchte nach Beschaffenheit der Sache, dem Gegentheil das juramentum litis decisorium deferiret werden und soll dißfalls die Relation nicht statt haben. III. Ferner hat auch ein Richter dieses zu überlegen, ob das gesuchte Document zum Beweise dienlich und darzu zu gebrauchen sey; dann da ein anderes verspühret würde, soll das Gegentheil mit der Edition und dem dißfalls angesonnenen vergeblichen Eyde verschonet bleiben. — §. IV. Zu Abwendung der Edition ist für zuläßig nicht zu achten, wann der angegebene Inhaber des Documents sich erkläret, alle seine Brieffschaften vorzulegen, indem solches nur zu Verschleiffung der Sache gereichet, sondern er soll entweder den dißfalls angeforderten Eyd abschwören oder nach Bewandniß der Sache durch Pönal-Befehl zur Edition angehalten werden."

Die Nürnberg'sche Reformation [7]), enthält rücksichtlich der Edition von Urkunden die Vorschrift: „Wo dann dieselben Urkunden und Schriften jnen beden gemain, oder sonst mit jrer beder Uncosten erzeugt und herkommen sein, so soll der Innhaber dieselben, nach Erkantnüs des Gerichts, aufzulegen und so viel der Sachen Noturft erfordert, verlesen und verhören zu lassen schuldig seyn".

Von den auf Carpzov gefolgten Rechtslehrern, welche über das sächsische Recht sich verbreiteten, ist hier besonders J. Brunnemann, sein hier mit ihm einverstandener Gegner, welcher mit demselben die eingehender von ihm versuchte gemeinrechtliche Begründung der Lehre, so wie die Autorschaft jenes in Beziehung auf die solcher gefolgten Praxis anerkennt [8]) und Wernher [9]), anzu-

---

7) Tit. VIII Gef. IX; (Hellfeld, a. a. O. S. 1285).

8) tr. de processu, cap. 19 n. 29: »Si autem alter neget se instrumentum habere, praesumptiones tamen contra eum militans quod habuerit et etiamnum habeat, tunc solet a judice ipsi deferre juramentum purgationis, quae practica derivatur a Dr. Carpzov d. art. 4 n. 66 ex l. ult. C. h. t. quo juramento praestito, non statim judex ad sententiam properare debet, sed terminum assignare actori debet an forte aliter probare possit propositum.«

9) (geb. 1675; Prof. zu Wittenberg; † 1742 als Reichshofrath); observ. for. T. II obs. 68.

führen, der die Eigenschaft des Editionseids in der von jenem bereits hervorgehobenen Bedeutung mit der daran geknüpften Folgerung daß nur beim Vorhandenseyn genügender Vermuthungsgründe für den Besitz der Urkunde Seitens des Imploraten, unter Bezugnahme auf eine diesen Satz veranschaulichende Entscheidung der Wittenberger Facultät vom Jahr 1720, vertheidigte [10]). Ihnen folgten: L. Menken [11]), Ludovici [12]), Seyfart [13]), Estor [14]), welche im Wesentlichen die im sächsischen Rechte ausgesprochenen Grundsätze theils mit, theils ohne Hinweisung auf dasselbe vertraten.

Während nun durch die der erwähnten sächsischen Proceßordnung vorausgegangenen und die auf ihre Auslegung sich beziehenden späteren Schriftsteller die Vorstellung eines dem Editionseide zum Grunde liegenden Purgatoriums gebildet und befestigt worden war, erhielt sich bis auf die neueste Zeit die auf jene nicht glos-

---

10) »Ipsa jurandi formula«, bemerkt er a. a. O, »satis indicat, esse hanc speciem juramenti purgatorii; cui sine indiciis et praesumtionibus, locum haud esse, constat. Plane si is, qui editionem documenti petit, alteri jusjurandum deferat, nullis conjecturis aut praesumtionibus opus est, sed earum defectum jusjurandum calumniae supplet. Das Erkenntniß ging dahin: „daß Beklagter die Documente A. und B zur Nothdurft recognoscirt, dahingegen derselbe mit der Edition und Recognition der übrigen, C. D. E. F. G. billig zu verschonen sey«. Als Gründe waren angeführt: Obwohl Klägern nicht im Wege steht, daß er keine Abschrift derer Documente C. D. E. F. und G. beigefügt, in Erwägung, daß er solche nicht in Händen hat, sondern deren Edition von Beklagten gesucht; hiernächst auch der Beklagte in gewissen Fällen Klägern Documenta zu ediren schuldig; Dieweil aber dennoch das Document C. ein Kirchenbuch, das B. eine gerichtliche Registratur, wegen welcher, daß Beklagter selbige in Händen habe, gantz keine Vermuthung vorhanden, auch dergleichen wegen Kauffbriefe und Lehnscheine, unter D. E. F, weil ermeldte Beklagtin, daß sie sich des Defuncti Güther und Verlassenschaft angemaset, bei der Litiscontestation negiret, ebenmäßig ermangelt, demnach dieselbe zur Edition, oder in deren Ermangelung zum Juramento editionis, als welches eigentlich einen Reinigungseid in sich begreifet, nicht angehalten werden mag".

11) (geb. 1658; Prof. zu Leipzig, † 1726;) process. com. tit. 26.

12) (geb. 1671; Prof. zu Halle u. Gießen; † 1723;) Civilproc. Cap. 18.

13) Reichsproc. (J. 1756), Cap. 14 §. 21 fg.

14) Reichsproc. (J. 1744) Th. I §. 422 fg.

firte Stelle des Codex gegründete Annahme anderweiter Begründung jenes Eides [15]), wobei dann theils von einem bald deferirten, bald vom Richter auferlegten [16]), theils von einem nur deferirten [17]) Eid ausgegangen wurde. Mit Recht bemerkt daher Goldschmidt [18]): „So schwankt seit Jahrhunderten schon die Praxis ohne Haltung, ohne daß sie sich jedoch nach dem allerdings reineren Resultate, das Grolman [19]) aufgestellt, fixiren dürfte".

Nach den bisherigen kurzen Andeutungen wird man mit dem Goldschmidt [20]), Mittermaier [21]), Heffter [22]), Wetzell [23]) anerken-

---

15) Schaumburg, princ. prax. jurid. lib. I sect. 1 membr. 3, cap. 3 §. 6: »Hanc alternativam« (edere vel juramentum editionis praestare) »probat l. 22 C. de fid. instrum.«

16) Schaumburg l. c. §. 7.

17) Malblank, l. cit. §. 47 p. 121; Glück, Com. Th. 22, S. 125.

18) Abhandl. aus dem Civilproc. Nr. VIII: üb. den Editions-Eid.

19) Dieser Schriftsteller hebt in der Theorie des gerichtl. Verf. §. 198 zunächst hervor, daß weder aus den oben angezogenen l 1, 4 D. 2. 13, noch aus der l. 22 C. 4. 21 argumentirt werden dürfe; aus jener nicht, weil von der durch dieses Gesetz bestimmten Verbindlichkeit zur Edition der Klage mit den dazu gebrauchten Beweisen und von den Obliegenheiten der Argentarien nicht allgemein geschlossen werden könne; aus dieser nicht, weil solche, da sie von Cujacius (Observ. l. X. obs. 8) zuerst restituirt worden, nur historischen, nicht gesetzlichen Werth habe. Sodann beschränkt er, nach der Natur der Sache, den Umfang der Editionspflicht auf den Fall des Eigenthums oder der Gemeinschaft des Nachsuchenden an der Urkunde und bemerkt sodann weiter: der Beweisführer kann sich in Ansehung solcher Unkunden dadurch helfen, daß er dem Richter ein Editionsgesuch übergiebt, welches am besten, zur Beschleunigung der Beweisführung, gleich mit der Beweisantretung verbunden wird. Immer muß der Beweisführer hierbei beweisen, daß der, von welchem er die Edition der Urkunden verlangt, diese wirklich besitze; wenn er aber dieses nicht auf andere Art zu beweisen sucht, so wird angenommen, daß er darüber den Eid zugeschoben hat. Gegen den ungehorsamen Dritten muß mit hinlänglichen Zwangsmitteln verfahren werden, wenn hingegen der zur Edition verbundene Product selbst die Urkunde nicht edirt, so wird, nach abgelaufenem peremtorischem Termine und erfolgter Contumacialanklage, das verlangte Document für edirt und anerkannt erklärt.

20) a. a. O., S. 90.

21) Archiv f. civ. Pr. B. 9 S. 381.

22) System d. Civilproc. §. 253.

23) a. a. O.

nen müssen, daß der Editionseid in derjenigen Ausdehnung, in welcher er heutigestags in der Praxis besteht ist, altem deutschen Brauche seinen Ursprung verdanke, im Näheren aber vornämlich aus dem oben in Bezug genommenen chursächsischen positiven Rechte und der darauf gestützten Praxis der sächsischen Gerichte seine Entstehung herleitet. Geht man von dieser Grundlage aus, wonach, wie oben erwähnt, bei diesem Eide sowohl die Zurückschiebung desselben, als die Gewissensvertretung ausgeschlossen war, so ergibt sich, daß in der That nur das näher bestimmt wurde, was die Glosse früher damit ausdrückte, wenn sie vom Producten einen Eid »ad purgationem sui« erforderte, daß also der Editionseid als der deutschrechtliche Reinigungseid angenommen wurde. Dafür läßt sich auch geltend machen, daß nach sächsischem Rechte die Darlegung einer Vermuthung durch die Eidesdelation erforderlich war. Wäre der Editionseid als ein deferirter aufgefaßt worden, so hätte es überall eines Verdachts, einer Präsumtion gegen den Producten nicht bedurft; eben weil man aber von einer solchen als Voraussetzung ausging, mußte jene abweichende Ansicht von der wahren Natur des Eides ausgeschlossen erscheinen. Wenn sodann, wie erwähnt, nach sächsischem Rechte zur Bescheinigung dieser Vermuthung die Eidesdelation zugelassen wurde, so hatte dieß nach dem Obigen Carpzov damit gerechtfertigt, daß ja der die Edition begehrende Theil zuvor den Calumnien-Eid leisten und auf diese Weise den Verdacht wider den Gegner begründen müsse, von welchem dieser nur durch den Editionseid sich zu reinigen im Stande war. Von einem solchen Calumnien-Eide konnte aber überall da nicht die Rede seyn, wo dessen rechtliche Zulässigkeit, wie in Hessen[24]) überhaupt, wenigstens der Regel nach, nicht angenommen wurde. In diesem Falle mußte also zur Begründung einer wider den Imploraten streitenden Vermuthung zu sonstigen Bescheinigungsmitteln gegriffen werden und so erklärt es sich, wie in manchen Ländern, namentlich in Hessen, die Eidesdelation als ein solches nicht anerkannt wurde, weil ihr der Regel nach kein Gefährdeeid vorausgeht. Diese Bemerkungen mögen dazu dienen, die Abweichungen der in letzter Instanz gebilligten, be-

24) Abth. II, S. 287 fg.

ziehungsweise veranlaßten Praxis der hessischen Gerichte von dem erwähnten, auch ihr im Wesentlichen zur Grundlage dienenden, sächsischen Rechte zu erläutern.

Neuere Gesetze in einzelnen Ländern [25]) haben denn auch die rechtliche Natur des Editionseides, als Reinigungseid, durch die über denselben und das bei seiner Handhabung einzuschlagende Verfahren anerkannt; so z. B. die Badensche Proceßordnung von 1831 [26]), die Hannoversche allgemeine bürgerliche Proceßordnung vom 8. November 1850 [27]), die auf dem Gebiete des

---

25) Ueber die im Wesentlichen die Editionspflicht ausschließende östreichische und französische Gesetzgebung vergl.: M. Mittermaier, a. a. O. S. 86 fg.

26) Tit. 38. Dessen einzelne Bestimmungen betreffen: §. 783. Die Begründung des wider den Gegner oder einen Dritten gerichteten Gesuchs auf Vorlegung einer Urkunde durch Beschreibung derselben mit bestimmter Angabe des Inhalts, wenn nicht eine Abschrift vorgelegt ist, Bescheinigung des Besitzes, Angabe des Grunds der Editionspflicht, welche nach §. 786 durch Eigenthum oder Miteigenthum, oder dadurch begründet wird, daß die Urkunde in der Absicht verfertigt wurde, um als Beweismittel über das streitige Verhältniß unter den Betheiligten zu dienen, und daß der Antragsteller zu diesen gehört. § 789. Widerspricht der angebliche Besitzer dem Besitz der Urkunde, so hat er auf Verlangen des Gegners eidlich, oder, wo die Eidessumme mangelt, handgelübdlich zu versichern, daß er die Urkunde weder besitze, noch daß er sich des Besitzes entäußert habe, um den Rechtsstand der die Herausgabe fordernden Partei zu verschlimmern, auch nicht wisse, wo solche sich gegenwärtig befinde, bei Meidung des Rechtsnachtheils, der nach §. 790 besteht; im Fall der Gegner die Gegenpartei ist, in der Annahme des Inhalts der Urkunde, so wie er vom Antragsteller angegeben worden, als erwiesen; im Fall jener ein Dritter ist aber, im Ersatz alles Schadens, der den ersteren durch den Mangel der Urkunde betroffen hat. Von einer Relation, Gewissensvertretung, Calumnien-Eid findet sich nichts vorgeschrieben.

27) In Beziehung auf die Richtung des Antrags wider den Proceßgegner wird zunächst im §. 311 die Editionspflicht beider Parteien rücksichtlich der in ihrem Besitz befindlichen erheblichen Urkunden, auf deshalbigen Antrag des Gegners, mit Ausnahme von Correspondenzen mit zur Ablage des Zeugnisses nicht verpflichteten Personen, so wie bloßer Privataufzeichnungen, z. B. Hausbücher, Tagebücher von Nichtkaufleuten u. s. w, sofern darin nicht Schuldscheine, Quittungen und überhaupt zum Zwecke eines künftigen Beweises niedergeschriebene Urkunden enthalten seyn sollten. Nach §. 312 müssen die Anträge die bestimmte Angabe der durch die Urkunde zu beweisenden Thatsache, die gehörige Bezeichnung der Urkunde und die Gründe, welche den Besitz der Urkunde auf Seiten des Gegners wahrscheinlich machen und daneben für den Fall, daß dieser Besitz

Preußischen allgemeinen Landrechts geltenden Proceßgrundsätze [28]).

---

nicht zugestanden werden sollte, das Verlangen der Ableistung des Editionseids enthalten. Zufolge des §. 313 zieht die Unterlassung der Erklärung auf die Anträge den Verlust der Einwendungen und Eidesweigerung nach sich, wohingegen das Läugnen des Besitzes die Leistung des Eides, mit Ausschließung der Zurückschiebung und Gewissensvertretung, zur Folge hat. Die Formel lautet: daß der Aufgeforderte, sorgfältiger Untersuchung ungeachtet, nicht anders wisse, als daß die Urkunde sich nicht in seinem Gewahrsam befinde, daß er dieselbe weder selbst arglistig abhanden gebracht, noch habe abhanden bringen lassen, auch nicht wisse, wo sie sich gegenwärtig befinde. Nach §. 314 hat die ungegründete Weigerung der Vorlage der Urkunde oder Eidesleistung zur Folge, daß der Inhalt der vorzulegenden Urkunde, nach Angabe des Beweisführers, bez. nach der von ihr beigebrachten Abschrift für erwiesen angenommen wird.

28) Heffter, Civilproceß oder das gerichtl. Verfahren ꝛc. im Gebiet des allgem. Preuß. Landr. 1856. Zur Vorlage von Urkunden, welche auf Antrag einer Partei oder durch das Richteramt veranlaßt werden kann, sind im Allgemeinen nicht nur die Parteien, sondern auch Dritte, gegen welche jedoch nicht mit wirklichem Zwange verfahren werden darf, verpflichtet, mit alleiniger Ausnahme der im Besitz eines Dritten befindlichen Correspondenz einer Partei, falls nicht jene von beiden Theilen als Makler oder Vermittler bei dem Geschäft gebraucht worden sind. Das Gesuch der Partei erfordert: a. Angabe der erheblichen Thatsache oder des Umstands, der durch die Urkunde erwiesen werden soll, wenigstens in den Hauptmomenten, unter Vorbehalt einer nachträglichen Ergänzung in Nebenumständen, sofern solches die Art des Verfahrens gestattet; b. Angabe wahrscheinlicher Gründe für den Gewahrsam des angezeigten Urkunden-Inhabern und, wenn dieß ein Dritter ist, ein besonders glaubwürdiger Nachweis über des Grund der Wissenschaft, daß die Urkunde bei demselben sich befinde; c. bestimmte Bezeichnung der letzteren selbst, §. 151. Ist die Vorlage verfügt, so hat a. die Partei, welcher eine Urkunde abgefordert wird, dieselbe entweder herauszugeben, oder zu schwören: „daß sie ein solches Document weder in ihrem Gewahrsam habe, noch wisse, wo es sich befinde, auch dasselbe gefährlicher Weise nicht abhanden gebracht habe“, widrigenfalls die Urkunde mit dem gegenseits angegebenen Inhalt nach vorheriger bestimmter Aufforderung für anerkannt erachtet wird. Handelt es sich um Herausgabe einer Urkunde aus „Briefschaften,“ die erst aus den Händen eines Anderen an die Partei gelangt sind, so kann diese statt der Edition des eigentlich verlangten Documents jene sämmtlichen Briefschaften einer von ihr gewählten Gerichtsperson zur Durchsicht vorlegen, indem sie schwört: „daß sie nicht wisse noch glaube, daß das von ihr geforderte Document sich darunter befinde; daß sie die Scripturen dem Commissarius getreulich vorlegen wolle, davon nichts abhanden gebracht habe noch bringen wolle, auch nicht wisse, wo das geforderte Document befindlich sey.“ b. Der Dritte kann

Wenn gleich es nach dem Zwecke des vorliegenden Abschnitts nur um die Darlegung der Grundsätze vom Editionseide sich handelt, so scheint es doch, mittelbar wenigstens, im Interesse zu liegen, die Grundsätze von der Editions pflicht in einigen, hier besonders wichtigen Beziehungen, so wie das darauf gerichtete processualische Verfahren, wie es namentlich in Hessen besteht, kurz zu berühren. Hierin möge der Anlaß zu den darauf sich beziehenden Ausführungen gefunden werden.

Zweites Kapitel.

Grundsätze über das Recht auf Edition von Urkunden und das deshalbige Verfahren.

§. 2.

A. Ueberhaupt.

Wenn also die einer Partei im Rechtsstreite nöthigen Urkunden ein Dritter besitzt und vorzulegen sich weigert, so veranlaßt dieses einen — von der Klage auf Vindication der Urkunde, oder Herausgabe derselben auf den Grund eines Obligations-Verhältnisses [29]) sich unterscheidenden — Incident-Proceß zwischen dem

---

vorab vom Editionssucher einen Gefährdeeid verlangen. Demnächst muß auch er die Urkunde herausgeben oder seine Kenntniß von derselben eidlich ableugnen, oder schwören, daß die Urkunde nichts zur gegenwärtigen Streitsache Gehöriges enthalte, oder endlich seine sämmtlichen Schriften und Papiere einer von ihm gewählten Gerichtsperson mit eidlicher Versicherung der Vollständigkeit durch einen Offenbarungseid zur Revision vorlegen, bei Meidung von Geld-, Gefängniß-, oder andern Strafen und unter Vorbehalt eines Schadensanspruchs gegen ihn, wobei der Gebrauch des höchsten Schätzungseids stattfindet. Sollen Behörden oder Corporationen und mit Corporationsrechten privilegirte Gesellschaften eine Urkunde herausgeben, so muß der Editionseid von dem für die Aufbewahrung der Urkunden angestellten Beamten, oder auch von denjenigen Mitgliedern geleistet werden, gegen welche besondere Vermuthungen, daß sie sich im Gewahrsam befinden, vorhanden sind. Von einem Pflegebefohlenen ist er nur dann zu leisten, wenn nach den Umständen wahrscheinlich ist, daß er von der Urkunde selbst Kenntniß habe; §. 152.

29) Vergl. hierüber: Mittermaier, a. a. O. Abth. I Cap. I, II.

Beweisführer und dem Dritten [30]), welcher aber nicht dem Hauptverfahren, worin der Beweis zu führen ist, einverleibt werden kann, vielmehr mittelst einer besonderen Klage wider den Dritten eingeleitet werden muß [31]); — ein Satz, der in Hessen, in spe-

---

Aus diesem letzteren Gesichtpunct wurde z. B. in Hessen ein Fall beurtheilt, in welchem ein Soldat auf den Grund einer mit seinem Compagnie-Chef eingegangenen Capitulation beim Kreisamte seine Pensionirung betrieb, auf dessen Erfordern seinen Legitimations-Schein und seinen Abschied demselben überreichte und als er in dem späteren Processe seinen Anspruch auf Pensionirung verfolgte, auch auf Zurückgabe jener Documente klagte. Hier wurde die letztere Klage, als auf ein Obligations-Verhältniß gestützt, aufgefaßt und für rechtlich und factisch begründet angenommen, „indem, bei der auf Verlangen des Kreisamts zum angegebenen Zwecke geschehenen Abgabe der fraglichen Urkunden an dasselbe, der Vorbehalt der Rückgabe als stillschweigend gemacht und zugestanden angenommen werden müsse und daher, da diese Thatsache vom Verklagten nicht nachgegeben worden, dem Kläger in dieser Beziehung der geeignete Beweis aufzulegen sey." In so weit mit der Klage eine Vindication und ein Editions-Antrag verbunden worden war, vermißte man die dazu erforderte Behauptung des damaligen Besitzes der Urkunden auf Seiten des Verklagten; Brandau g. Fisc. Pr. [1808] 22/6 1852.

30) Vergl. Linde, a. a. O. §. 280. — Darüber bestimmt die Sammt-Hofgerichtsordn. v. 5. May 1673 Tit. XIV §. 19: „Solten aber die Partheyen briefflіche Urkunden bey andern in Erfahrung bringen, die sie ihnen zu ihren Rechten nützlich erachten würden, sollen sich deroselben Advocaten und Procuratoren nicht allein in ihren Schrifften darauf beziehen, oder in denselben allein um Proceß an diejenige, welche solche Urkunden inne haben, bitten, sondern, wan sie dieselbig in Recht brauchen wollen, alßdann sobald mündlich, oder wan dasselbig ohn sonderlich Weitläufftigkeit nicht geschehen könte, in einer kurtzen Schrifft um gebührliche Proceß an diejenigen, bey denen sie zu finden, bitten, welche ihnen auch, da Gegentheil keine erhebliche Einrede in Recht dargegen einzuwenden, alßbald erkannt, damit auf dieselbige Urkunde, so nach vollführtem Beweißthum also bey andern außbracht, oder wie nechst zuvor gehört, von den Parthеyen selbst producirt, von ihrem Gegentheil deroselben Nothturfft Rechtens in obgesetzter Anzahl Schrifft eingewendet, vnd dadurch die Sache nicht ferner aufgezogen werden möge."

31) Decis. Cass. T. III dec. 123 n. 3; O.A.G. Entsch. in S. Tölle g. Stellpflug [9602] 1832; Pfeiffer g. v. Gilsa [2284] 1834; Siebrecht g. v. Rademacher [859] 1828; ausdrücklich wurde hier eine etwaige Adcitation des Dritten für verwerflich erklärt; — v. Meyerfeld g. Stift Kauffungen [8555] 2/10 1844, worin der Antrag den Staatsanwalt zur Herausgabe gewisser Acten schuldig zu erkennen, in diesem Verfahren, worin derselbe als streitender Theil mit aufgetreten war, als ganz unstatthaft verworfen wurde.

cieller Beziehung auf das für minderwichtige Sachen angeordnete Verfahren noch besonders vorgeschrieben worden ist [32]). In einem solchen Verfahren sind denn auch nur diejenigen Puncte, um welche es sich handelt, nicht auch die Sache selbst betreffende Umstände zu erörtern [33]).

Wenn dagegen der Antrag auf Edition wider den Proceßgegner (Producten) gerichtet wird, der Fall also eintritt, von welchem hier vornämlich die Rede ist, so kann alsdann derselbe mit einem zum vorbereitenden, ja selbst noch in dem zum Beweis-Verfahren gehörigen, Vorbringen verbunden werden [34]). In der ersteren Hinsicht wurde z. B. ein darauf sich beziehendes Gesuch als mit der Klage [35]) und mit einem die Vertheidigung des Verklagten bezweckenden [35a]) Antrage statthafterweise in Verbindung gebracht, zugelassen; in der letzteren Beziehung aber die Aufnahme eines solchen noch in der Beweisantretungs-Schrift gebilligt [36]).

---

32) Gesetz v. 18. Oct. 1834 §. 20.

33) Wagner g. Löwing [9353] 12/2 1845, in Erw.: „daß darauf — ob der besagte Aufsatz" (dessen Edition vom Kläger beantragt wird) „als ein wirklich zu Stande gekommener Vertrag, oder nur als ein Vertragsobject zu betrachten sey, in dem gegenwärtigen Verfahren es nicht ankommt."

34) l. 1 C. de edend. (2. 1): »Nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex causa ad judicis officium pertinere solet.« Vergl. Linde, a. a. O. §. 280.

35) Decis. Cass. T. II dec. 196.

35 a) Bauer g. Fisc. Pr. [4878] 1833.

36) Wiegand g. Stadt Fulda [1982] 22/9 1849, in Erw.: „daß der Beweisantritt des Querulanten innerhalb laufender Frist erfolgt ist und hiernach auch das zum Zwecke desselben in der Beweisantretungsschrift vorgebrachte, wider den Querulaten gerichtete Editionsgesuch, für welches eine besondere Frist nicht bestand, als zeitig angebracht erscheint; — daß, unter der Voraussetzung der Begründung dieses Gesuchs, die darin bezeichneten Urkunden vom Gegner des Querulanten einzureichen beziehungsweise vom Gerichte selbst einzuziehen seyn würden und auf deren Handlung die, nur von der durch den Beweisführer selbst zu bewirkenden Ueberreichung von Beweisurkunden handelnde Vorschrift des §. 31 des Gesetzes vom 16. Sept. 1834 nicht bezogen werden kann; — daß hiernach die Verwerfung des querulantischen Urkundenbeweises aus dem vom Obergerichte angeführten formellen Grunde" (weil das Editionsgesuch erst in der Beweisschrift angebracht worden sey) „eine Versagung des rechtlichen Gehörs in sich begreift; — wird, unter Aufhebung der Verfügung — soweit sie den querulantischen

B. Voraussetzungen.

§. 3.

I. Verhältniß des Klägers und Verklagten in Beziehung auf das Interesse bei der Edition von Urkunden.

Bei dem Streite über die Edition von Urkunden kommt es einestheils auf die Existenz eines Interesses des dieselbe Verlangenden, dann auf die Pflicht des Imploraten sie zu leisten und endlich auf das Vorhandenseyn des Besitzes der Urkunden Seitens des letzteren an. Die letzte Voraussetzung ist präjudiciell für die beiden vorausgehenden, indem im Fall des Mangels jener die Verhandlungen über diese als fruchtlos erscheinen.

Im Betreff der eigentlichen processualischen Editionsgesuche muß stets das Interesse vom Antragsteller angegeben und nachgewiesen werden, welches derselbe rücksichtlich der Hauptsache bei der Edition hat; wohingegen, wenn Jemand sein Eigenthums- oder Miteigenthums-Recht als solches an einer Urkunde geltend machen will, er solche vindiciren, oder ad exhibendum [37]) oder communi dividundo ꝛc. klagen muß. Zur Nachweisung jenes Interesses ist aber die alleinige Bezugnahme auf den Vortheil nicht hinreichend, welcher aus der Einsicht einer in fremdem Eigenthume befindlichen Urkunde für den Nachsuchenden entspringen würde [38]).

Tritt nun der Fall, wo das Editionsgesuch auf eigene Rechte gegründet wird, nicht ein, alsdann ist zwischen den Parteien zu unterscheiden:

1. Was zunächst den Kläger betrifft, so ist derselbe der Regel nach [39]) nicht befugt, vom Verklagten die Edition von

---

Urkundenbeweis verwirft, als nichtig, und mit Aussetzung des O. G. Bescheids — verordnet, daß dem Querulaten noch eine Erklärung über den vom Querulanten angetretenen Urkundenbeweis und das zum Zwecke desselben vorgebrachte Editionsgesuch, bei Vermeidung der Ausschließung und resp. des Eingeständnisses, aufgegeben ꝛc."

37) l. 3 §. 5 D. de tab. exhib. (43. 5).

38) Tölle g. Stellpflug [9602] 1832.

39) Als Ausnahmen gelten: 1. der später näher zu erwähnende Fall, wo der Fiscus Kläger ist; 2. wenn der Kläger die Edition verlangt, um den Einreden des Verklagten begegnen zu können (arg. l. 1 D. de except. 44, 1; —

in dessen Besitz befindlicher Urkunden zu verlangen [40]). Zur Begründung einer deshalbigen Ausnahme wird daher die Darlegung erfordert, daß und welchergestalt er der Urkunde, z. B. zu seiner Vertheidigung gegen eine Einrede des Verklagten, bedürfe [41]).

2. Der Verklagte hat nach der auch in Hessen angenommenen Ansicht älterer Juristen, die sich auf einige Ge-

---

Stryk, l. 2 t. 13 §.18); 3. wenn der Verklagte wegen Zinswuchers in Anspruch genommen wird (cl. un. de usur. 5. 5.); 4. nach hessischem Rechte alsdann, »si reus aliunde intentionem probare possit«, (Decis. Cass. T. I. dec. 113).

40) l. 1, 4 ult. C. de edend. (2. 1). Kossel, de caus. oblig. ad edend. instr. (Gött. 1796) (append.). — A. M. ist: Manso, reus ab instrum. edit. non immunis. (Jen. 1788); — v. Meyerfeld g. Stift Kaufungen [8555] 2/10 1844, in Erw.: „daß — die Beweisantretung, soweit sie durch Bezugnahme auf die Stiftsrechnungen und den Antrag auf deren Vorlegung von Seiten der Verklagten und Appellaten geschehen, unzuläßig ist; — da die Appellantin als Klägerin, der Regel nach, nicht befugt ist, zur Führung eines ihr über den Klaggrund auferlegten Beweises von den Appellaten die Edition der in deren Besitz befindlichen Urkunden zu verlangen, — ein Grund zu einer Ausnahme von dieser Regel aber hier nicht vorliegt, da von einem Miteigenthum der Appellantin an den erwähnten Rechnungen keine Rede seyn kann und eine sonstige Gemeinschaftlichkeit derselben dadurch allein nicht begründet wird, daß deren Inhalt für die Nachweisung des streitigen Sachverhältnisses erheblich seyn kann, der Anspruch aber, den die Appellantin auf eine Unterstützung aus den Stiftsrevenüen macht, selbst wenn er als begründet anzunehmen seyn sollte, ihr doch noch in keiner Weise das Recht einer Theilnahme an der durch das Stift gebildeten Corporation und dadurch ein Recht der Gemeinschaft an dessen Rechnungen geben würde."

41) Burk g. Böth [4439] 5/10 1839; v. Stenglin g. Gans [4873] 15/6 1839, in Erw.: „daß dieser (Editions-) Antrag für geeignet, um dem Appellanten den Editionseid aufzulegen, gehalten werden muß, da derselbe zugibt, daß die aus den beiden, an die Appellaten zurückgegebenen Wechseln entsprungene Schuldverbindlichkeit des appellatischen Theils bis auf die Summe von — getilgt, auch über die successive Tilgung einzelne Quittungen von ihm ausgestellt worden seyen, er jedoch diese Quittungen größtentheils wieder zu sich genommen habe und die von ihm auf des Appellaten Begehren jetzt zu den Acten gegebenen Quittungen bei weitem nicht die von ihm zugegebene Tilgungssumme erreichen, welche Umstände zusammen genommen das Verlangen des Appellaten begründen, daß er die Vermuthung wegen des von ihm behaupteten Besitzes auch der übrigen Quittungen, so wie einer darauf sich beziehenden Abrechnung durch den Editionseid beseitige."

setze [42]) stützt, zwar das Recht, vom Kläger die Urkunden-Edition zu fordern, muß aber zur Begründung des, selbst nach der Litiscontestation noch zulässigen [43]), Antrags darauf namentlich darlegen, daß und welchergestalt er die Urkunde zur Vertheidigung gegen die gerade dermalen erhobene Klage bedürfe [44]). Vermag er indeß in anderer Weise diese Absicht mit Erfolg zu erreichen, so fällt alsdann der Anspruch auf Edition weg [45]).

Mit dem Vorstehenden hängt die weitere Voraussetzung der Begründetheit des Editionsantrags zusammen, nämlich die:

II. Rechtliche Verbindlichkeit zur Edition.

§. 4.

1. Gemeinschaftlichkeit der Urkunde.

Von den hier in Betracht kommenden Verhältnissen [46]) sind nur in Beziehung auf zwei, das der **Gemeinschaftlichkeit** der Urkunde, so wie auf das, welches zu Gunsten des **Fiscus** besteht, die aus der Praxis entlehnten Resultate kurz anzudeuten.

Bekanntlich hat Leyser [47]) den allgemeinen Satz aufgestellt, daß der Richter bei Erkennung über ein Editionsgesuch an bestimmte Regeln nicht gebunden sey, sondern hierbei Alles vom billigen Ermessen abhänge. Schon Glück [48]) hat aber mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß diese Behauptung auf einem Mißverstehen

---

42) l. 4, 5 C. de edendo (2. 1). — **Glück**, Th. 22 S. 118; **Martin**, Proc. §. 306, 316; vergl. über die Literatur: M. **Mittermaier**, a. a. O. S. 48 fg., 63 fg., der diese Pflicht des Klägers bestreitet.

43) l. 5, 6, 8 C. de edendo (2. 1). — **Decis. Cass.** T. II dec. 255 (p. 409).

44) v. Bultee g. v. Trott [3219] 1/7 1837.

45) **Decis. Cass.** T. I dec. 113.

46) Ueber die Begründung der Verbindlichkeit zur Edition von Urkunden überhaupt, vergl. M. **Mittermaier**, a. a. O.; und über die deshalbige Verpflichtung dritter, nicht im Streite befangener, Personen insbesondere: **Bertchinger**, in d. Zeitschrift f. Civilr. 2c., N. Folge, Th. VII Nr. 11 (S. 301).

47) Medit. vol. I sp. 38 m. 1.

48) Com. Th. 22 S. 124.

der dafür angeführten Stelle [49]) beruhe. Nur soviel läßt sich im Allgemeinen sagen: Ein jeder Theil kann von dem andern die Edition seiner eigenen, oder ihm und dem andern gemeinschaftlichen Urkunden verlangen [50]). Was nun den auf die Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde beruhenden Grund insbesondere betrifft, so wird in der l. 4 D. de edendo (2. 13) das Edict des Prätors in Bezug genommen, wonach die Argentarien Jedem, der mit ihnen in Geschäften stand, diejenigen Stellen ihrer Rechnungen, welche ihn angingen, ediren mußten. Von einem gemeinschaftlichen Eigenthum an den letzteren ist dabei nicht die Rede [51]). Es kommt daher darauf an, ob die Urkunde, deren Edition Jemand verlangt, ursprünglich oder gleich anfänglich zu seinem alleinigen oder doch mit zu seinem Besten, — zur Förderung seiner Zwecke, — errichtet wurde. Der Zweck einer solchen Errichtung besteht im Allgemeinen darin, deren Inhalt der Vergessenheit zu entziehen; der der Urkunde selbst also darin, zum Beweismittel zu dienen. Soll nun eine Urkunde Mehreren gemeinschaftlich seyn, so muß sie in der Absicht errichtet seyn, um ihren Inhalt zum Vortheil aller dieser Personen zu beweisen; sie sämmtlich müssen also darin übereinstimmen, daß dieser Inhalt zu ihrer Aller Vortheil beurkundet werde. In dem Falle des Edicts wird unterstellt, daß dem Kunden des Argentarius selbst daran gelegen war, oder doch nach der Natur des Geschäfts vorausgesetzt wurde, daß jener das Guthaben oder die Schuld der Kunden in seinen Büchern aufzeichne und beim Argentarius setzt Ulpian ebenwohl voraus, daß er diese Aufzeichnung im Interesse des Kunden vornehme, so wie es sich denn auch von selbst verstand, daß derselbe bei seiner Rechnungsführung auch seinen eigenen Vortheil bezweckte. Dem Kunden

---

49) l. 1 C. de edendo. (2. 1).

50) l. 4 §. 1; l. 6 §. 5 D. de edendo (2. 13); l. 46 §. 5 D. de adm. et peric. tut. (26. 7); l. 7 C. de edendo (2. 1); l. 4 C. de fid. instr. (4. 21). — Glück, a. a. O. S. 110. — Eine Beschränkung besteht, wenn das Gesuch wider den Fiscus gerichtet ist, l. 45 §. 6 D. de jure fisc. (49. 14).

51) Ulpian bemerkt nur über dieß Edict: »hujus edicti ratio aequissima est; nam cum singulorum rationes argentarii conficiant: aequum fuit, id quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi.«

wurde dadurch kein eigentliches Miteigenthum an den Büchern des Argentarius erworben; vielmehr wurden dieselben nur gewissermaßen dadurch ein Document des Kunden, also ein gemeinschaftliches. Bei Urkunden über noch von beiden Contrahenten zu erfüllende Verträge leidet es keinen Zweifel, daß solche zum Vortheile Beider errichtet werden und daher, — abgesehen von dem etwaigen privativen Eigenthum eines derselben an einem gewissen ausgefertigten Exemplar der Urkunde, — gemeinschaftlich sind, wie z. B. Urkunden über eine Societät, einen Kauf ꝛc.

Bei der Bestimmung der rechtlichen Bedeutung gemeinschaftlicher Urkunden ist man in Hessen namentlich weder von der Unterscheidung älterer Schriftsteller [52]) in instrumenta ratione corporis (Miteigenthum), materiae (in Ansehung des Mehreren zustehenden Rechts), r. constitutionis instrumenti ad utilitatem communem, r. usus (die Gemeinschaftlichkeit durch die Production bei Gericht) [53]), noch von der Fixirung jener Bedeutung auf den Fall, wo eine Urkunde über ein zwischen Mehreren gemeinschaftliches Rechtsverhältniß errichtet wurde, welche spätere Juristen für entscheidend gehalten haben [54]), ausgegangen. Vielmehr wurde das richterliche Ermessen bei der Annahme jener Gemeinschaftlichkeit durch das Vorhandenseyn von Gründen, welche für die darauf gerichtete Absicht der Betheiligten etwa streiten, nach Maaßgabe einer in Bezug genommenen Gesetzesstelle geleitet [55]). Nicht ohne Einfluß ist bei dieser Annahme wohl der Gedanke geblieben, daß bei dem heutigestags als Regel anzunehmenden Charakter der Verträge, als bonae fidei contractus, der gute Glaube der Partei einen besondern Grund der Verpflichtung zur Mittheilung bilde [56]).

Und hiernach kann man also den Satz dahin fassen, daß unter den gemeinschaftlichen Urkunden solche Documente zu verstehen

---

52) Klengel, disp. de edit. instrum. (Arg. 1652); Martens, de instrum. communi ejusq. editione (Gött. 1773).

53) Gegen die Zulässigkeit dieser letzteren Bedeutung: Heise u. Cropp jurist. Abh. I Nr. 8.

54) v. Blattner, ü. d. Edition gemeinsch. Urkunden (Würzb. 1827) §. 2 fg.

55) l. 4 §. 1 D. de edendo (2. 13).

56) Kossel, l. cit. §. 10.

sind, bei deren Errichtung die Betheiligten resp. deren Vorfahren die übereinstimmende Absicht hatten, daß sie über das unter ihnen bestehende Rechtsverhältniß für sie Alle als Beweismittel dienen sollten, und die demnach schon ihrer Natur gemäß die Editions-Verbindlichkeit mit sich führten [57]).

Demnach ist man denn also von der weiter gehenden Vorschrift in der Gerichtsordnung des Landgrafen Wilhelms III. v. J. 1497 Tit. 16 [58]) abgegangen, und hat, — abgesehen von dem favor piae causae, auf welchem man schon früher Gewicht legte [59]), — zu solchen Fällen gerechnet:

1. Die Verbindlichkeit des Kaufmanns zur Edition seines Handelsbuchs [60]). Die Befugniß jenes, mit diesem Beweis der Richtigkeit seiner Forderung zu führen, mußte zu der Frage führen: ob nicht auch Andere zur Nachweisung ihrer Ansprüche auf jenes Buch sich beziehen und die Gestattung der Einsicht desselben verlangen könnten? Die Besorgniß einer Blosstellung der vielleicht mißlichen Verhältnisse des Kaufmanns und die gesetzlich [61]) gebotene Schonung derselben widerriethen zwar, zumal mit Rücksicht auf die Eigenschaft jener Bücher als Privaturkunden, die Annahme einer Editionspflicht in dieser Hinsicht [62]). Andererseits konnte indessen nicht verkannt werden, daß bei der Ausbildung des auf die Beweiskraft der Handelsbücher sich beziehenden Gewohnheitsrechts [63]) offenbar die Idee geleitet habe, daß diese Bücher als

57) Decis. Cass. T. III dec. 42. — Gem. Albshausen g. v. Uslar Gleichen, 14/11 1829; v. Spiegel g. v. Malsburg [4934] 1840. N. Samml. Entsch. des O.A. Gerichts zu Cassel, Th. I S. 68; Isenburg W. g. Gem. Rothenbergen [702] 1841.

58) Aelt. Samml. d. L. O. Th. I S. 19: „Gemein brieff sollen auff gesinnen jetweder seit partheien von der andern in Recht gelegt, vnd welche parthei des begert abschrifft daruon geben werden, vnd seind das gemein brieff, die vff gemeinen kosten erlangt, oder beyder partheyen vß gemeiner vrsachen herkommen."

59) Decis. Cass. T. II dec 194 n. 9.

60) Voet, lib. II tit. 13 §. 20.

61) l. 2 C. quando et quib. quarta pars (10. 34).

62) Vergl. die deshalbigen Schriftsteller in Speidel. Spec., additam. pract. ex recent. aut., p. 161.

63) Vergl. Samml. Entsch. des O. A. G. zu Cassel, Th. III Abth. 2 Nr. 48 (S. 384—416).

gemeinschaftliche Urkunden zwischen dem Gläubiger und Schuldner zu betrachten seyen [64]) und diese Rücksicht hat zur Annahme der Editionspflicht in mehreren Fällen geführt:

a. in dem nämlich, wo ein Handelsgesellschafter die Edition verlangt. Hier wird das Vorhandenseyn einer gemeinschaftlichen Urkunde, sowie die Verbindlichkeit des Kaufmanns solche zu ediren, selbst von denen zugegeben, welche im Uebrigen jene bestreiten [65]).

b. Der gewöhnlich eintretende Fall ist der, wo der Käufer, welcher die Richtigkeit der vom Kaufmann ihm zugegangenen Rechnung bestreitet, die Einsicht des Handelsbuchs begehrt [66]). Auch hier wird die Verpflichtung des Kaufmanns und zwar ohne Rücksicht auf die Behauptung desselben, daß die Edition ihm nachtheilig sey, angenommen [67]). Ferner gehört hierher

c. der Fall, wo von der Ehefrau, welche nach hessischem Rechte in der Errungenschafts-Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne gelebt hatte, oder von ihren Erben zum Zwecke der Ermittelung des nach Aufhebung jener Gemeinschaft ihr ertragenden Antheils

---

64) Maurenbrecher, Deutsch. P. R. Abth. 2 §. 636. — Vergl. l. 7 C. de edendo (2. 1); l. 21, (22) C. de fid. instr. (4. 21).

65) v. Bülow u. Hagemann, pr. Er. Th. VI S. 123; Hofacker princ. jur. T. III §. 4470; Günther princ. jur. rom. T. II §. 1227.

66) Hofacker princ. jur. T. III §. 4470; v. Bülow u. Hagemann, pr. Erört. Th. VI S. 123.

67) N. Samml., a. a. O. S. 405 (Nr 4); Lieberumsch. Cur. g. Seidler [8440] 19/9 1846, in Erw.: „daß die in dem vorgelegten Hauptbuche des Cridars enthaltene fortlaufende Berechnung der Forderungen und Gegenforderungen mit bestimmten Abschnitten, aus denen sich der jedesmalige Bestand des Forderungs-Verhältnisses der Contrahenten ergibt, bei dem gewissermaßen öffentlichen Charakter der Handelsbücher in der Regel voller Glauben gebührt, wenn sich der, welcher daraus in Anspruch genommen wird, auf den Inhalt derselben, wie solcher vom Fordernden herrührt, bezieht; — daß es daher dem Verklagten gestattet ist, diejenigen Aufzeichnungen in den Handelsbüchern, aus welchen auch der Kläger seine Forderung entnommen hat, welche darin zu seinem Vortheil vorkommen, auch für sich mit der Wirkung anerkannter Richtigkeit in Anspruch zu nehmen und daß es bei einer solchen Aufzeichnung der Gegenforderungs-Posten auf eine nähere Begründung derselben Seitens des Verklagten nicht ankommen kann.“

an der Errungenschaft, die Einsicht der Handelsbücher in Anspruch genommen wird [68]).

2. Auch Verkaufs-Urkunden [69]) und übergebene Rechnungen [70]); sowie

3. Urkunden, welche Alimentations-Verträge zum Gegenstande haben [71]), begründen eine solche Gemeinschaftlichkeit.

---

68) Windecker g. W.'schen Vorm. [7989] 8/10 1825, (abgedr. in der N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. III Abth. 1 S. 409 Nr. 7).

69) Hohenroder Zehntpfl. g. Degtmeier, 1821. Hier verlangte der Retrahent die Edition des Kaufbriefs vom Verklagten, um die Bedingungen des Kaufs, in die er eintreten zu wollen erklärt hatte und insonderheit den Kaufpreis, welchen er offeriren mußte, daraus zu ersehen.

70) Lauterbach g. Kaufmann [8378] 1845, in Erw.: „daß — was die Klage betrifft, die fragliche Rechnung über ökonomische Arbeiten, welche der Appellant während einer Reihe von Jahren dem Appellaten geleistet hat, insofern als eine gemeinschaftliche Urkunde, zu deren Edition Appellat verpflichtet ist, sich darstellt, als dieselbe, wie nach den Verhandlungen anzunehmen ist, im gemeinsamen Interesse beider Theile aufgestellt und dem Appellaten übergeben worden ist; — hiernach es auch auf das Eigenthum am Papiere, worauf die Urkunde geschrieben ist, nicht ankommt."

71) Hartmann g. Menne, O. A. G. Besch. v. 17/12 1817; hier wurde die dem Verklagten gemachte Auflage, ein Testament, auf dessen Edition klagenderseits angetragen worden war, zu produciren, speciell damit motivirt, daß das Editionsgesuch zur Begründung einer Alimenten-Forderung besonders zu begünstigen sey. — Wagner g. Löwing [9353] 12/2 1845. In diesem letzteren Falle verlangte der Vater einer Geschwängerten wider den angeblichen Schwängerer die Edition einer Urkunde, weil sie einen Vertrag zwischen ihm, so wie dem Curator des unehelichen Kindes einer- und dem Verklagten andererseits rücksichtlich der Abfindung seiner Tochter und Alimentation des Kindes enthalte. Der Verklagte leugnete zwar den Besitz einer Urkunde, wie sie in der Klage angegeben worden war, erklärte aber, daß er eine mit seiner Unterschrift und denjenigen des Klägers, dessen Tochter und des gedachten Vormunds, welche seine angebliche Vaterschaft zu dem Kinde zum Gegenstand habe, besitze. Das O. A. Gericht zu Cassel erkannte, daß eben hierauf auch die in der Klage erwähnte Scriptur sich beziehe und die Identität dieses und des im Besitz des Verklagten befindlichen Aufsatzes einen begründeten Zweifel um so weniger unterliege, als kein Theil behauptet habe, daß über den fraglichen Gegenstand zwei oder mehrere Urkunden angefertigt und von den genannten Personen unterzeichnet worden seyen. — Hasenpflug g. Zenker'sch. Vorm. [2683] 17/3 1852. Eine Wittwe Z. verheirathet sich, nachdem ihr Sohn aus dieser Ehe unter Vormundschaft des W. gestellt worden war und sie drei uneheliche Kinder geboren hatte, mit H. — Beide H.'schen Ehe-

4. Insbesondere findet denn aber das vielfach behauptete Vorrecht des Fiscus dahin, daß gegen ihn ein Editionsanspruch nicht stattfinde, was nach der Annahme der Praxis auch in Hessen [72]) anerkannt worden, jedenfalls dann keine Anwendung, wenn es um gemeinschaftliche Urkunden sich handelt [73]). In dieser Be-

---

leute und W. schließen darauf einen Ehevertrag ab, in welchem H. die Alimentation und Bekleidung jener vier Kinder gegen den Revenüen-Genuß des Vermögens des Z.'schen Kindes übernimmt. Später behauptet H. nur Weniges aus dem Z.'schen Vermögen erhalten zu haben, und nicht zu wissen, worin das letztere bestehe, wieviel an Zinsen ihm jährlich verabfolgt werden müsse und begehrt daher vom W. die Vorlegung des Inventars so wie der Vormunds-Rechnungen. Das O. A. Gericht zu Cassel nahm den Antrag auf Edition des Inventars nach Maaßgabe des Alimentations-Vertrags, für begründet an, beließ es aber, rücksichtlich der Abweisung der Klage wie angebracht, bei der in v. Instanz erkannten Entscheidung, in Erw.: „daß — durch die in der Uebereinkunft vom — enthaltene Verpflichtung des Appellaten, den s. g. Abwurf von dem in seiner vormundschaftlichen Verwaltung stehenden Vermögen seines Mündels dem Appellanten zu verabfolgen, zugleich die Verbindlichkeit, dem letzteren über den Bestand dieses Vermögens und der davon aufkommenden Revenüen den erforderlichen Aufschluß zu ertheilen, als stillschweigend mit übernommen zu betrachten ist; — hiernach also der Klaganspruch auf Vorzeigung des über das Vermögen des appellatischen Mündels aufgenommenen vormundschaftlichen Inventars und Gestattung dessen Einsicht als begründet sich darstellt; — wohingegen die Vorlegung der Vormunds-Rechnungen nur in so weit würde begehrt werden können, als dieselben sich über denjenigen Zeitraum erstrecken, von welchem dem Appellanten der Vermögensgenuß zukommt; — demzufolge also bei der unter den Parteien bestrittenen Dauer des dem Appellanten zukommenden Vermögens-Abwurfs die Geltendmachung des davon abhängigen Anspruchs auf Edition der Vormunds-Rechnungen die vorgängige Feststellung jenes Vertrags-Verhältnisses erfordern würde; — hierzu aber die Verhandlungen 2c. um so weniger Veranlassung darbieten, als die — Vormunds-Rechnungen nicht einmal der Zeit nach näher bezeichnet sind."

72) Decis. Cass. T. II dec. 285 n. 25; T. III dec. 53 n. 1 seq.; — cf. Leyser med. sp. 38 med. 6.

73) wie z. B. in einem Falle, wo in Beziehung auf eine über eine fürstliche Person angeordnete Curatel der in Anspruch genommene Rechnungsführer wider den, jene vertretenden, Staatsanwalt die Edition einer von ihm ausgestellten Rechnung verlangte; dieses Verlangen wurde für begründet erachtet, „weil zu solchen gemeinschaftlichen Urkunden die der Behauptung des Appellanten nach aufgestellte und dem appellatischen Theile (Curator des Vermögens) überreichte Rechnung ohne Zweifel gehören würde, v. Wille g. Fisc. Pr. [3972] 1837.

ziehung wurde denn namentlich angenommen, daß ein von einem öffentlichen Rechnungsbeamten über Lieferung von Materialien geführtes Rechnungsbuch seiner nächsten Zweckbestimmung der Geschäftsordnung, — Ordnung in der Administration, nicht Sicherung der einzutragenden Verträge, — zufolge, nur als zunächst im Interesse des Amts geführt, somit nicht als eine gemeinschaftliche Urkunde, zu deren Herausgabe der Vertreter der öffentlichen Behörde verpflichtet wäre, zu betrachten sey. Daneben wurde aber auch die Unanwendbarkeit der von den Handelsbüchern der Kaufleute geltenden Grundsätze, in Ermangelung einer Gleichheit ihrer beiderseitigen rechtlichen Grundlage und Beschaffenheit, anerkannt [74]).

Abgesehen von Fällen der erwähnten Art findet hingegen der Anspruch auf Edition aus dem fraglichen Grunde keine Statt. Es ist bereits angeführt worden, daß der bloße Vortheil, welcher aus der Edition einer im fremden Eigenthume befindlichen Urkunde entspringt, also die Erheblichkeit des Inhalts derselben, kein Recht auf solche begründe. Hier ist besonders die Frage bestritten: ob Quittungen auf den Grund ihrer Eigenschaft als gemeinschaftlicher Urkunden zu einem solchen Anspruch auf Edition berechtigten [75])? Eine solche Urkunde wird bezeichnet als eine „pecuniae solutae professio collata instrumento" [76]), und ihr Zweck ist, dem Zahlenden Sicherheit darüber zu geben, daß durch die von ihm geleistete Zahlung seine Schuld ganz oder nach Verhältniß der geleisteten Zahlung getilgt sey [77]). Geht man hiervon aus, so kann der Empfänger der Zahlung und der Aussteller der Quittung bei deren Inhalt wohl negativ soweit interessirt seyn, daß der Inhaber derselben damit keine größere Zahlung, als er geleistet hat, beweise; ein positives Interesse dagegen, was

---

74) Schubt g. Fisc. Pr. [3319] 3/4 1838.

75) Ueber die verschiedenen Ansichten vergl.: Linde, Zeitschr. f. Civilr. ꝛc. Th. I Nr. VIII, ü. die Edition der Quittungen, S. 220 fg.; Hohnhorst, Jahrb. Jahrg. V, 1829, S. 155 fg.; M. Mittermaier, a. a. O., S. 30.

76) l. 14 C. de solut. (8. 43).

77) l. 18 C. de test. (4. 20); l. 4 §. 2 C. de non num. pec. (4. 30); l. 4 C. de apoch. publ. (10. 22).

mittelst des durch die Quittung zu führenden Beweises verfolgt werden könnte, läßt sich beim Aussteller nicht annehmen, da er gerade durch die Quittung bezeugte, daß das bestandene Schuldverhältniß ganz, oder, soweit es jene Urkunde besagt, aufgelöst sey. Eine Quittung an und für sich ist daher keine im Interesse beider Theile, des Zahlenden und des Empfängers der Zahlung, ausgestellte und daher beiden gemeinschaftliche Urkunde [78]).

Linde (a. a. O.) hat indeß auszuführen gesucht:

a. daß eine Quittung, welche außer dem Bekenntniß der Zahlung auch noch Etwas zu Gunsten des Ausstellers, gleichviel, worin es liege, enthalte, stets gemeinschaftlich, und der Beklagte jederzeit zu deren Auflegung verbunden sey. — Hier ist dann aber nicht mehr von einer bloßen Quittung, sondern von einem unter andern Rechtsgrundsätze fallenden Instrumente die Rede. Wenn also z. B. in einer Quittung über eine Abschlagszahlung der Gläubiger daneben noch den Rest seiner Forderung ausdrückt, so ist bei diesem Theil des Inhalts der Urkunde jener allerdings betheiligt; zugleich ist es aber auch unzweifelhaft, daß jener Eintrag für den Gläubiger nichts beweist, sonach keinen urkundlichen Werth hat, die Urkunde also nicht zur gemeinschaftlichen macht. Auch erhält diese dadurch keine Beweiskraft, daß der Schuldner die Quittung annimmt, sondern erst dadurch, daß er eine positive Handlung vornimmt, woraus auf seine Zustimmung in jenen Zusatz des Gläubigers in der Quittung zu schließen ist, also z. B. die Unterschrift seines Namens hinzufügt, auf jene Restangabe sich selbst beruft und die Quittung für sich producirt, ohne wegen des Zusatzes einen Vorbehalt zu machen.

b. Der genannte Schriftsteller hat aber auch dann die Eigenschaft der Quittung als einer gemeinschaftlichen Urkunde behauptet, wenn solche auch nur das Bekenntniß der Zahlung enthalte, weil schon die Thatsache allein, daß, wie und zu welcher Zeit gezahlt worden sey, für den Gläubiger so wichtig werden könne, wie für den Schuldner und gesetzlich [79]) das Interesse des Gläu-

78) Linde a. a. O.

79) l. 19 C. de fid. instr. (4. 21). Hier sind zwei Fälle angeführt, in denen der Gläubiger ein solches Interesse hat, wenn nämlich durch die Zahlung des Canons ein Colonats-Verhältniß darzuthun, oder durch die Zahlung von

bigers anerkannt sey, ohne jedoch alle demselben zustehenden Sicherungs-Mittel zu erwähnen.

Zinsen eine erlöschende Verjährung zu beseitigen ist. Hier sagt nämlich Justinian: Manche Schuldner dieser Art pflegten wohl zu leugnen, daß sie Quittungen über geleistete Zahlungen hätten, um dadurch das Recht ihres Gläubigers ungewiß zu machen und entweder sich die Freiheit von einer Abgabe zu verschaffen, oder demselben die Verjährung entgegen setzen zu können. Um dergleichen Umtriebe abzuschneiden, soll der Aussteller einer Quittung befugt seyn, sich von deren Empfänger eine Gegenquittung (antapocham) geben zu lassen und letzterer schuldig seyn, eine solche zu ertheilen. Die Versäumung der Auswirkung einer solchen Gegenquittung soll indeß dem Quittungs-Aussteller nicht nachtheilig seyn. — Aus diesem Schluß der Verordnung läßt sich jedoch nicht ableiten, daß, wenn der Aussteller der Quittung die erwähnte Cautel versäumt habe, er sich damit helfen könne, daß er vom Schuldner die Edition der Quittung verlange; denn wäre er dazu befugt, dann hätte es der ganzen Vorschrift nicht bedurft. Freilich scheint aus den Worten: »eas habere se negando« zu folgen, daß die Vorschrift wegen der Gegenquittungen nur für den Fall gegeben sey, wo durch das Leugnen des Schuldners es ungewiß ist, ob derselbe die erhaltene Quittung noch habe und man könnte weiter schließen, daß, wenn es für den Fall, daß diese Ungewißheit nicht eintrete, keiner Quittung bedürfe, der Gläubiger rechtlich befugt sein müsse, deren Edition zu verlangen, was dann auf eine Gemeinschaftlichkeit der Quittung führen würde. Gegen diesen Schluß läßt sich aber bemerken: Einestheils folgt daraus, daß einmal, etwa bei Gelegenheit des Rechtsstreits, dem Aussteller der Quittung, an deren Vorlegung gelegen ist, noch nicht, daß diese Urkunde eine gemeinschaftliche, quodammodo suum instrumentum, sey; vielmehr wird dazu erfordert, daß sie mit in seinem Interesse ausgestellt ist, und der Empfänger dazu eingewilligt habe, was bei Quittungen sich nicht annehmen läßt. — In der l. 19 cit. wird sodann unterstellt, daß der Verklagte überhaupt leugnet, den Canon entrichtet, oder binnen 30 Jahren Zinsen bezahlt und Quittungen über dergleichen Zahlungen zu haben und es kommt hier auf den Inhalt der Quittungen nicht, sondern nur überhaupt darauf an, ob deren vorhanden seyen. Dieß könnte nun zwar am leichtesten durch Gegenquittungen dargethan werden; wenn aber deren keine vorhanden sind, so muß der Kläger den Beweis, der ihm nach Lage der Sache obliegt, in andrer Weise zu führen suchen; daraus folgt aber noch nicht, daß ihm an den doch etwa vorhandenen Quittungen eine Gemeinschaft zustehe. Wenn endlich Justinians Meinung gewesen wäre, daß in den von ihm unterstellten Fällen dem Gläubiger ein Recht an den Quittungen zustehe, weshalb er deren Edition verlangen könnte, so wäre nicht abzusehen, warum hiervon und von dem, doch in in der kurz vorher ergangenen l. 20 C. de fid. instr. vorkommenden Editionseide gar nichts erwähnt wird, was doch dem Zusammenhange der l. 19 cit. so ganz angemessen gewesen wäre.

In der Hessischen Praxis sind indessen Quittungen zu den gemeinschaftlichen Urkunden so wenig gezählt worden [80]), als Rechnungen [81]), welche bei einer Anstalt, z. B. einem Stifte, ge-

---

80) Uhl g. Kaufmann [7379] 1825. Hier wurde ausgesprochen, daß, weil Quittungen nur im Interesse und zum Gebrauch des Zahlenden ausgestellt würden, in der Eigenschaft derselben kein Grund liege, welcher dem Gegner berechtigen könne, deren Edition zu verlangen. — Gem. Albshausen g. v. Uslar [2119] 1829; v. Spiegel ux. g. v. Malsburg [4934] 25/4 1840. In diesem letzteren Falle klagte die Appellantin eine Geborene v. M., unter Bezugnahme auf die mit ihrem Ehegatten, mit Genehmigung ihres Vaters abgeschlossenen Ehepacten, wonach sie solchem die in der v. M.'schen Familie gewöhnliche Mitgift und Abfindung von allen Gütern im Betrage von 2000 Thlr. mitzubringen versprochen hatte, gegen ihren Bruder, als Mitbesitzer der belasteten Güter, auf Zahlung der Abfindung aus denselben. Nachdem ihr später der Beweis des Herkommens in der v. M.'schen Familie, daß die den Töchtern aus den Stammgütern zu leistende Abfindung oder Mitgift für jede derselben 2000 Thlr. betrage, auferlegt worden war, bezog sich dieselbe auf die in früheren Zeiten von verschiedenen v. M.'schen Töchtern ausgestellten Bescheinigungen über den Empfang der herkömmlichen Abfindung, indem sie, unter der Behauptung, daß diese Urkunden in dem Familien-Archive auf dem Schlosse zu M. aufbewahrt würden, der Verklagte aber Besitzer dieses Schlosses und des dort befindlichen Archivs wäre, vom Verklagten die Edition dieser, als gemeinschaftlich zu betrachtenden, Urkunden verlangte. In Folge des Widerspruchs des letzteren, woneben derselbe auch den Mangel der Bescheinigung des Besitzes rügte, verwarf das Obergericht und das O. A. Gericht den Editionsantrag, das letztere aus den, auch schon in der zweiten angeführten Entscheidung enthaltenen Gründen, nämlich, in Erw.: „daß — eine Gemeinschaftlichkeit der fraglichen Urkunden nur unter der Voraussetzung anzunehmen seyn würde, wenn bei Errichtung derselben die Betheiligten resp. deren Vorfahren die übereinstimmende Absicht gehabt hätten, daß dieselbe für sie Alle zum Beweismittel, hinsichtlich des unter ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses dienen solle, — eine solche Absicht aber, nach der Natur der hier in Frage stehenden Quittungen, sich nicht unterstellen läßt, vielmehr angenommen werden muß, daß der Zweck ihrer Ertheilnng nur dahin gegangen sey, Zeugniß dafür abzulegen, daß der Empfänger der Quittungen seine Verbindlichkeit gegen den Aussteller erfüllt habe; — ohnehin auch das Vorhandenseyn der erwähnten Urkunden und deren Besitz auf Seiten des Appellaten nicht, wie erforderlich gewesen wäre, alsbald bescheinigt worden ist, indem daraus, daß solche angeblich im Familien-Archiv auf dem, vom Appellaten besessenen Schlosse M. aufbewahrt werden, nicht ohne Weiteres folgt, daß dieses Archiv dem Appellaten zügänglich sey —."

81) Ueber die Frage: ob eine Pflicht zur Edition der rationes privatae begründet sey? vergl. v. Almendingen, in v. Grolmans Magaz. für

führt werden, alsdann, wenn ihre Edition von Personen verlangt wird, welche zu der Anstalt nicht in einem zu einem solchen Anspruch sie berechtigenden Verhältnisse stehen [82]). Und solchergestalt hat man auch Aufzeichnungen einer Brodtherrschaft über den Lohn des Gesindes dahin gerechnet [83]).

Daß hiernach die bloße Möglichkeit, es könne eine Urkunde auf ein streitiges Rechtsverhältniß von Einfluß seyn, die Eigenschaft derselben als einer gemeinschaftlichen nicht begründe, ergibt sich eben so wohl von selbst [84]), als daß die Tauglichkeit der Urkunde zum Beweise den Mangel jenes Erfordernisses nicht ersetze, weshalb man denn auch Briefe, z. B. Geschäftsbriefe, Handelsbriefe nicht ohne Weiteres zu solchen Urkunden zu rechnen hat [85]).

§. 5.

1. Recht des Fiscus.

Das in den Gesetzen [86]) begründete Vorrecht des Fiscus vom

Philos. und Gesch. d. Rechts B. II Nr. 2; M. Mittermaier a. a. O. S. 52 fg.

82) Cf. l. 8 D. l. 1 C. de edend. — In einem Falle, wo die Klägerin den Beweis des Betrags eines ihr zugesprochenen Einkommens einer Conventualin in einem Stifte zu führen hatte, verlangte sie die Vorlegung der Stifts-Rechnungen zu dem Zwecke. Das O. A. Gericht zu Cassel aber nahm an, daß dieser Antrag nicht rechtlich begründet sey, „indem ein Recht für die Klägerin auf diese Vorlegung vorliegend nur aus einer zwischen ihr und dem Appellanten (dem das Stift vertretenden Staatsanwalt) bestehenden Gemeinschaftlichkeit gedachter Rechnungen erwachsen könnte, — eine solche aber weder dadurch, daß dieselben sich auf das Schuldverhältniß, woraus geklagt worden, beziehen, — was ohnehin nicht anzunehmen ist, — noch dadurch begründet wird, daß der Appellatin die Stelle einer Conventualin verliehen worden, indem, wenn auch den Conventualinnen die Einsicht der Stiftsrechnungen als ein Recht zukommen sollte, die Appellatin doch auf ein solches, so lange, als sie nicht wirklich die Stelle einer Conventualin bekleidet, keinen Anspruch hat." Fisc. Pr. g. Wiederhold [9442] 19/7 1845. Ein ähnlicher Ausspruch wurde bereits früher (S. 326 Not. 40) erwähnt.

83) Decis. Cass. T. III dec. 42.

84) Ein darauf sich beziehender Ausspruch erging in S. v. Canstein g. Bauer [4844] 1840.

85) M. Mittermaier a. a. O., S. 31.

86) l. 2 §. 1, 2; l. 45 §. 6 D. de jure fisci (49 14); l. 3 D. de edend. (2. 13).

Gegner, dem Verklagten, die Edition von Urkunden zu begehren, ist zwar bekanntlich rücksichtlich seiner dermaligen Anwendbarkeit zum Oefteren bestritten worden, in Hessen steht jedoch solches in fortdauernder Anerkennung [87]) und erfordert nur eine ausdrückliche und zeitige Geltendmachung von Seiten des Vertreters des Fiscus [88]).

Eine Ausdehnung des gedachten Privilegs auch auf die Kirche hat man nicht für zulässig erachtet [89]).

§. 6.

III. Darlegung und Bescheinigung des Besitzes der Urkunden.

Um ein Editionsgesuch des Klägers sowohl [90]), als auch des Verklagten [91]) wider den Gegner zu begründen, ist, in Uebereinstimmung mit den Gründen des gemeinen Rechts, nach hessischem Gerichtsgebrauche deshalb, weil sonst jede Partei die andere wegen Urkunden, die der Gegner gar nicht besitzt, chicaniren und durch ein grundloses Incident-Verfahren den Hauptstreit verzögern könnte, erforderlich, nicht nur, daß die Urkunde selbst, nach deren Inhalt, den Personen der Contrahenten und der Zeit [92]),

87) Fisc. Pr. g. Stadt Marburg [6190] 26/4 1813, in Erw.: „daß auch der Editionsantrag schon vermöge des Privilegiums des Fiscus, vom Verklagten die Edition von Urkunden zu verlangen, als begründet erscheint, indem der fortdauernden Anwendbarkeit dieses Privilegiums der Gerichtsgebrauch keineswegs entgegen steht, und es daher auf die behauptete Gemeinschaftlichkeit der in Frage liegenden Urkunde" (Schutz- und Privilegien-Brief des Landgrafen Hermann vom J. 1378 für die Stadt Marburg) „nicht weiter ankommt." — Ein gleicher Ausspruch erfolgte in S. Fisc. Pr. g. Volkmar [2298] 19/9 1850.

88) Fisc. Pr. g. Lomp |3739[1834.

89) Decis. Cass. T. II dec. 196. J. H. Böhmer, jus eccl. prot. lib. II t. 22 § 14; Müller, observ. 149; Glück Comm. Th. 22 S. 118.

90) Burck g. Böth [4439] 5/10 1839.

91) v. Bultee g. v. Trott ꝛc. [3219] 1/7 1837.

92) In einem solchen Falle wurde die genauere Angabe der Zeit ihrer Errichtung, in Ermangelung der Behauptung erfordert, daß noch eine zweite Urkunde, die desselben Inhalts und unter denselben Personen errichtet worden, vorhanden sey, v. Reinecke g. v. Reinecke [4282] 14/11 1838. In einem andern Falle wurde ein Editionsgesuch im Beweisverfahren wie angebracht zurück-

also durch die Angabe: wann, von wem und an wen solche geschrieben? z. B. die Waare darin bestellt worden sey [93])? **genau bezeichnet** [94]), — sondern auch, daß daneben der **Besitz** derselben auf Seiten des Gegentheils durch Angabe schlüssiger Thatsachen dargelegt [95]) und einigermaßen bescheinigt oder wahrscheinlich gemacht werde [96]). Der Mangel einer solchen Bescheinigung hat die Verwerfung des Editionsgesuchs zur Folge [97]).

---

gewiesen, „weil es nicht nur an der nähern Bezeichnung der **Belege** und an der Angabe, **auf welche einzelne Widerklageposten** sie sich beziehe, sondern auch an der Bescheinigung, daß der Gegner solche besitze, fehle," Jeppe g. Fisc. Pr. [4458] 5/10 1842.

93) Gundlach g. Ziegler [8349] 18/11 1843.

94) Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Th. V, S. 140.

95) v. Eschwege g. v. Slicher [3079] 1836.

96) **Malblank**, l. c. §. 47; **Glück**, Com. B. 22 §. 1172; **Mittermaier**, im Archiv f. civ. Pr. Th. IX S. 381 fg.; **Zeitschrift** f. Civilr. u. Proc. B. VII, S. 216. — Rothgießer g. Arnold [4233] 1821; v. Geyso g. v. Schenk [9279] 1829; v. Dörnberg g. Fisc. Pr. [2953] 1830; Pieh g. v. Rau [9311] 1832; Fisc. Pr. g. Rochlitz [3660] 1834; Burck g. Böth [4439] 1839; Marburg Armencasse g. Magistrat das. [2794] 1836; Gundlach g. Ziegler [8349] 1843; Fisc. Pr. g. Gem. Giffelberg [8782] 24/6 1846; Fisc. Pr. g. Volkmar [2298] 19/9 1850. N. Samml. O. A. G. Entsch. zu Cassel, Th. I S. 68, 231.

97) **Danz** ordentl. Proc. §. 315; — Fisc. Pr. g. Rochlitz [3660] 1834; Schreiber g. v. Berlepsch [8290] 8/6 1844. **Duysings** Annalen, B. II H. 1 S. 105. Es ist hier folgender Fall mitgetheilt: Z verlangt von K. die Herausgabe eines Stück Landes, das einer seiner Vorfahren im J. 1729 nach einer in vidimirter Abschrift vorgelegten Verbriefung an R. antichretisch verpfändet gehabt haben und K. besitzen sollte, gegen Zahlung des Pfandschillings. In der deshalbigen Klage beantragt er zugleich den Verklagten zur Edition der Original-Verschreibung oder Leistung des Editionseids anzuhalten. Als der Verklagte dazu sich nicht für verbunden erachtet, das Untergericht ihn auch von dem gedachten Eide absolvirt, und dem Kläger den Beweis, daß der Beklagte das fragliche Land sub nexu hypothecario besitze, auferlegt, appellirt er, wird aber in den beiden folgenden Instanzen abgewiesen; „denn es waren," heißt es in der Ausführung, „einestheils keine, gleichwohl erforderliche (**Decis. Cass.** T. II p. 409) indicia possessionis vorhanden und konnte Appellant eben das, was er durch das Original erweisen wollte, durch die in Händen habende Abschrift darthun, in welchem Fall die Edition nicht Statt hat (**Decis. Cass.** T. II p. 468); ohnehin war Appellat, wenn er auch das Document wirklich hatte, dem Appellanten nur ein Transsumt zu geben schuldig (**Kopp** v. d. hess. Gerichten Th. II S. 50), welches jedoch derselbe in Händen hatte."

In dieser Beziehung ist nun die Frage entstanden: ob der Antrag auf Ausschwörung des Editionseides selbst zur Erbringung dieser Nachweisung geeignet und genügend sey, oder die letztere ersetzen könne[98]? Man wird sie aber richtiger verneinen als bejahen müssen, weil der Editionseid die vorgängige Bescheinigung des Besitzes der zu edirenden Urkunde auf Seiten des Gegners voraussetzt und daher so wenig als die Eideszuschiebung als Mittel dieser Bescheinigung gebraucht werden kann[99]. Den Mangel einer solchen Bescheinigung kann aber auch nicht die Auflage des Calumnien-Eides, den derjenige, welcher die Edition einer Urkunde verlangt, schwören soll, ersetzen; indem dieser Eid nur dazu dienen würde, das Interesse desselben bei der Herausgabe der Urkunde außer Zweifel zu stellen[1]; bei seiner nur sehr beschränkten Anwendbarkeit in Hessen überdieß[2]) den Mangel der Nachweisung eine Vermuthung oder Bescheinigung des Besitzes zu ersetzen nicht

---

98) Die Frage ist von manchen Rechtslehrern bejaht worden; vergl. Glück a. a. O. (S. 124); Malblank, l. c.; Archiv, a. a. S. S. 380.

99) Rotzieser g. Arnold [4233] 1821; v. Geyso g. v. Schenk [9374] 1829; v. Dörnberg g. Fisc. Pr. [2953] 1830; Bauer g. Fisc. Pr. [4878] 1833; Gräger g. Hupfeld [3878] 1837; Lion g. Schmidt [7372] 18/2 1843, in Erw.: „daß das Editionsgesuch des Appellanten jedenfalls schon wegen mangelnder Bescheinigung, daß der Appellat das fragliche Buch besitze und da der in dieser Beziehung angetragene Eid, zufolge des Gerichtsgebrauchs, als Bescheinigungsmittel nicht dienen kann zu verwerfen war." Fisc. Pr. g. Volkmar [2298] 19/9 1850, in Erw.: „daß zur Begründung des appellantischen Antrags auf Urkunden-Edition nach dem Gerichtsgebrauche die Bescheinigung des gegentheiligen Besitzes erforderlich ist; — hierzu aber der angetragene Editionseid, welcher die gehörige Begründung des Editionsgesuchs voraussetzt, nicht gebraucht werden kann". — Wicke g. Elert [2406] 4/12 1850. In diesem Erkenntnisse wurde, nach dem gleichen Ausspruch rücksichtlich der Unzulässigkeit des Eides als Bescheinigungsmittel, so fortgefahren: „daß insofern aber die Eidesdelation, nach dem Vorbringen in den höheren Instanzen, ebenfalls auf die besondern Umstände, wie die Urkunde früher in den Besitz des Appellaten gekommen seyn soll, gerichtet anzusehen und dieß für zulässig zu halten wäre, jene angegebenen Umstände nicht genügend sind, insbesondere nicht bestimmt ersichtlich ist, wann und wo eigentlich und an wen Appellant die Urkunde übergeben haben will."

1) Gräger g. Hupfeld [3878] 28/19 1847; v. Wille g. Fisc. Pr. [3972] 25/11 1837.

2) Abth. II S. 287 fg.

geeignet erscheint. Als unzureichendes Mittel der Bescheinigung jenes Besitzes stellt sich sodann die Versicherung des Anwalts des Antragstellers dahin, daß der gegentheilige Anwalt jenen Besitz ihm gegenüber anerkannt habe, dar [3]). Und eben so wenig ist eine solche Nachweisung daraus zu entnehmen, daß die Urkunde in einem dem Gegner der die Edition beantragenden Partei mit zugehörigen Familien-Archive sich befinde, indem hieraus nicht ohne Weiteres folgt, daß dieß letztere demselben zugänglich sey [4]). Als ein solches hinlängliches Bescheinigungsmittel wurde aber unter Anderem ein von einem Imploranten vorgelegtes Schreiben aus der neueren Zeit angesehen, worin der Erblasser des Gegners, der es unterzeichnet hatte, den Besitz der fraglichen Urkunde um diese Zeit bekundete [5]).

Ist nun durch die beigebrachte Bescheinigung die hier erforderliche Nachweisung erbracht und nicht etwa das Gegentheil daraus ersichtlich [6]), so erfolgt dann, wie bereits (Note 5) bemerkt worden ist, die Mittheilung des Gesuchs an den Producten, unter An-

---

3) v. Rau g. v. Rau'sche Lehnserb [6481] 11/4 1840.

4) v. Spiegel g. v Malsburg [4934] 25/11 1840.

5) Fisc. Pr. g. Volkmar [2298] 19/9 1840, in Erw.: „daß — den mit dem Editionsgesuche vorgelegten Schreiben, so fern sie von dem appellatischen Erblasser unterzeichnet seyn sollen, in formeller Hinsicht Beweiskraft gegen die Appellatin nicht abzusprechen ist; — dieselben auch, da sie aus der neuern Zeit datiren, die Wahrscheinlichkeit begründen, daß die damals im Besitze des appellatischen Erblassers gewesenen Urkunden über die in der Klage bezeichneten Grundstücke mit der Besitznahme dieser letzteren selbst auf die Appellatin übergegangen sind; — daß hiernach hinsichtlich der in diesen Schreiben aufgeführten Urkunden das appellantische Editionsgesuch für genügend begründet zu halten ist; — wird, unter Aufhebung des angefochtenen Decrets des Obergerichts, — verordnet: daß das appellantische Editionsgesuch mit den darin aufgeführten Urkunden der Appellatin zur Erklärung bei Meidung der Ausschließung und des Eingeständnisses mitzutheilen und sodann weiter zu erkennen sey."

6) wie in einem Falle angenommen werden mußte, wo der Verwalter einer unter Curatel stehenden fürstlichen Person, — zur Nachweisung des Umstandes, daß gewisse Rechnungen, deren Edition er zur Begegnung eines wider ihn erhobenen Anspruchs verlangte, an die verwaltende Oberbehörde zurückgegeben worden seyen, — auf ein darüber aufgenommenes Protocoll sich bezogen hatte; wohingegen aus dem Inhalte dieses letzteren das Gegentheil sich herausstellte, v. Wille g. Fisc. Pr. [5972] 1837.

drohung der Special-Präjudizien, welche letztere indeß nur im Falle der vorgängigen Vorlegung einer Abschrift der Urkunde von Wirkung sind.

§. 7.

IV. Erklärung des Imploraten.

Der Implorat kann den gestellten Antrag weder durch die Bezugnahme auf eine außergerichtlich geschehene Vorlegung der Urkunde, weil damit seine Verpflichtung der gerichtlichen Production, zum Zwecke der Entscheidung des über den Inhalt derselben zwischen beiden Theilen entstandenen Rechtsstreits, sich zu unterziehen, nicht aufgehoben wird [7]), noch auch durch die Behauptung, die Urkunde vernichtet zu haben, begegnen; vielmehr wird erst nach der Verurtheilung und mißlungenen Execution die Verurtheilung in eine pecuniäre verwandelt [8]).

Bestreitet sodann der Gegner zwar nicht den Besitz, aber den Verpflichtungsgrund zur Edition, so führt das zu einem Erkenntnisse des Gerichts über diesen Punct. Wenn dagegen der Implorat den Besitz der Urkunde leugnet, so tritt nunmehr der, durch einen bereits früher erwähnten und in einzelnen Particularrechten, besonders dem chursächsischen [9]), gesetzlich sanctionirten Gerichtsgebrauch eingeführte Editions-Eid (Ablehnungs-Eid) ein [10]).

Wird dessen Ausschwörung von einem nicht im Streite befangenen Dritten begehrt, so kann derselbe, wenn die Edition ihm nachtheilig seyn könnte, solche ablehnen [11]).

---

7) Hohenlohe g. Fisc. Pr. [6298] 20/8 1840.

8) Linde, Civilproc. §. 375; Haas g. Möller, 15/2 1832.

9) Chursächs. Proc. u. Ger. Ordn. v. 1622, XXVI, 1. — Carpzov I, 17, def. 28, 29.

10) Ueber die Geschichte dieses Eids vergl.: Goldschmidt, Abhandl. Nr. VII; und ü. dessen Natur: Archiv f. civ. Pr. B. IX, H. 3 S. 380.

11) In diesem Falle schließt dieselbe sogar die nicht glossirte l. 22 C. de fide instrum. (4. 21) aus, Glück a. a. O. B. 22 S. 112; indem sie die Editions-Verbindlichkeit der Pflicht zur Zeugen-Aussage gleich stellt.

§. 8.

V. Erkenntniß auf den Eid.

Bei der Fassung der Eidesformel kommt es vornämlich mit darauf an, daß der Implorat die fragliche Urkunde noch zur Zeit besitzt. Wenn daher der frühere Besitzer, nach Ertheilung des seine Editionspflicht aussprechenden Urtheils, zu besitzen aufgehört hat, so ist der daraus entlehnte Einwand zulässig, weshalb denn auch die Formel des Editionseids den Umstand enthalten muß, daß der Implorat den Besitz ohne seine Schuld verloren oder nicht in böswilliger Absicht aufgegeben habe [12]).

Der Bescheid, wodurch im Fall der Ableugnung des Besitzes dem Imploraten die Eidesleistung aufgegeben wird [13]), lautet daher zufolge seiner Bestimmung, »ut jussus exhibere instrumenta vel documenta ea vel edere, vel jurare debet se illa documenta non habere« [14]), z. B. so: „Wird der Stadt beim Rechtsnachtheile, daß die Urkunde als anerkannt werde angenommen werden, aufgegeben, entweder den fraglichen Privilegien-Brief von J. 1378 sowohl in der Urschrift, als in der angegebenen alten Abschrift zu ediren, oder durch drei von ihr auszuwählende Mitglieder des Stadtraths den Editionseid dahin auszuschwören, daß sie den gedachten Privilegien-Brief weder in Urschrift noch in einer alten Abschrift besitze, auch den Besitz, in der Absicht dem Imploraten die Rechtsverfolgung zu erschweren, nicht aufgegeben habe" [15]). Oder dahin: „daß er, außer den bereits in seiner Erklärung auf die gegenseitige Beweisantretung vorgelegten Urkunden, keine weiteren Quittungen über die vom Erblasser der Appellaten auf dessen

---

12) Daß es auf den dermaligen Besitz ankomme, muß, mit Rücksicht auf den Editionspflichtigen, angenommen werden, indem eine Urkunde leicht verloren werden kann und der Besitzer, so lange noch seine Pflicht streitig ist, nur dazu verbunden ist, daß er die Urkunde bewahre und keine Veränderung mit ihr, als dem Streitobject, vornehme, daher er denn im Fall seiner Schuldlosigkeit am Verlust von dem sonst mit der Unterlassung der Edition verbundenen Nachtheil frei wird.

13) Vergl. Hommel, deutsch. Flavius (3. Aufl.) S. 238.

14) Carpzov, def. for. P. 1 const. 17 def. 28.

15) Fisc. Pr. g. Stadt Marburg [6190] 26/4 1843.

Wechselschuld von — geleisteten Zahlungen, noch auch die Urschrift der — zwischen ihm und dem Erblasser der Appellaten angeblich stattgehabten Abrechnung über jenes ganze Schuldverhältniß besitze, oder solche böslich habe abhanden kommen lassen [16]).

Die Böslichkeit des Abhandenbringens von Urkunden kann indeß, auch wenn dieselbe als Thatsache nachgegeben worden ist, nicht ohne Darlegung der Absicht, solchergestalt dem Betheiligten die Benutzung der Urkunden unmöglich zu machen, angenommen werden. Jedoch findet auch dann die Auflegung des Editionseides dahin Statt: „daß die fraglichen Urkunden sich nicht bei dem Schwörenden befinden und daß solche auch nicht böslicher Weise abhanden gebracht worden seyen" [17]).

Dieser Eidsbescheid hat übrigens in Hessen, eben so wie der auf den Reinigungs-Eid ꝛc gerichtete, alsdann die Natur eines mittelst eines ordentlichen Rechtsmittels anfechtbaren, wenn, in Folge der Klage auf Edition, dem Verklagten über den Besitz und das Abhandenbringen des Gegenstands der Klage, also der Urkunde, der Eid auferlegt wird, indem dieser Eid, nach particularrechtlicher Vorschrift, als ein Haupteid sich darstellt [18]).

§. 9.

VI. Weiteres Verfahren und Erkenntniß.

Nach der früher angegebenen rechtlichen Natur des Editionseides, als eines nach deutschen Brauche auszuschwörenden Reinigungseides vermag sich der Implorat, da es sich um ein eigenes Factum handelt, so wenig durch Zurückschiebung des Eids der richterlichen Auflage zu entziehen, als er berechtigt erscheint, die vorgängige Ableistung des Calumnien-Eides von Seiten des Imploranten zu verlangen, es wäre denn, daß ein besonders begründeter Verdacht der Gefährde vorläge [19]). Eben so wenig ist, bei

16) v. Stenglin g. Gans Erb. [4873] 15/6 1839.

17) Heppe'sch. Cur. g. Fisc. Pr. [6224] 22/6 1839.

18) N. Samml. Entsch. des O.A. Gerichts zu Cassel Th. I S. 86.

19) Windecker g. Vorm. f. Kinder erster Ehe [7989] 8/10 1825.

dem auf eine Negative sich beziehenden Inhalt des Editionseids, von der Befugniß des Imploraten die Rede, das eigene Gewissen mit Beweis zu vertreten und so die Ausschwörung des Editionseids zu verzögern.

Der Erfolg, der jetzt eintritt, ist nun, nach Verschiedenheit der Fälle, welche sich hier denken lassen, der:

1. Der Implorat hat den Editionseid in Beziehung auf das fragliche Document geleistet, dann „bleibet er nunmehr mit dessen Edition billig verschonet“ [20]).

2. Oder er hat ihn ungehorsam verweigert, alsdann wird der Product des Besitzes der Urkunde für geständig erachtet [21]), der Dritte aber für das Interesse verhaftet erklärt [22]) und es erfolgt jetzt der Ausspruch: „Wird — Implorat schuldig erkannt, dem Imploraten z. B. die fragliche Rechnung, um davon Einsicht und wenn er will Abschrift zu nehmen [23]), zu ediren“ [24]). Im Interesse der Abkürzung, zur Vermeidung wiederholter Auflagen, liegt es, alsbald den Rechtsnachtheil damit zu verbinden. Dieser kann, seiner Natur nach, nur in dem der Anerkennung resp. des Eingeständnisses, letzteres, bei mangelnder Beibringung von Abschriften, in Beziehung auf die über den angeblichen Inhalt der Urkunden angeführten Thatsachen, bestehen [25]). Eine unvollständige Befolgung

---

20) Vergl. z. B. Seyfart Reichsproceß, Cap. 14 §. 30.

21) Cramer, Nebenst. 114, S. 284.

22) l. 6 §. 4 D. de edendo (2. 13); l. 10 D. de in lit. jur.

23) Das geschieht vor Gericht (l. 7 C. de edendo, 1. 2); denn »ex consuetudine, quam judices observant, non dantur instrumenta adversario, sed fit ex illis copia exemplandi per advocatum, vel per alium fidum tabellionem«, Pillius de ord. judic. (ed. Bergm.) P. 1 §. 3 n. 10.

24) Wie z. B. in S. Lauterbach g. Kaufmann [8378] 16/4 1845 erkannt wurde. In einer andern Sache (Hohenlohe g. Fisc. Pr. [6298] 20/7 1840) hieß es: „Wird Appellat angewiesen, die — aufgestellten Rechnungen nebst Belegen im Termin — im Original vorzulegen, worauf und des appellatischerseits darüber, bei Strafe der Ausschließung, abzugebenden Erklärung vorgängig, weiter ergeht w. R.“

25) l. 6 §. 4, l. 8 pr. §. 1 D. de edendo (2. 13); Glück a. a. O. §. 1173. — Daher wird in einem solchen Falle z. B. ausgesprochen: „Wird Termin auf den — anberaumt, in welchem Appellat den Bescheid vom — noch vollständig, durch Vorlegung der Rechnungen, so gewiß zu befolgen, als er

des Erkenntnisses, z. B. Seitens des für editionspflichtig erachteten Staatsanwalts, führt zu wiederholten Auflagen[26].

---

widrigenfalls zu gewärtigen hat, daß die vom appellantischen Theile mit der Klage vorgelegten Rechnungen als richtig werden angenommen werden und darauf weiter ergehen wird w R.", Hohenlohe g. Fisc. Pr [6298] 9/10 1841.

26) z. B. in Erw.: „daß Appellat den (auf Edition gerichteten) Bescheid vom — nur unvollständig befolgt hat, und das Vorgeben, daß die nicht vorgelegten Rechnungen und Belege von dem mit deren Aufsuchung beauftragt gewesenen Repositar der — Direction bis hierhin nicht aufzufinden gewesen seyen, nicht geeignet ist, den Appellaten von der Verpflichtung zur vollständigen Befolgung jenes Bescheids zu befreien", Hohenlohe g. Fisc. Pr. [6298] 9/10 1841.

Sechster Abschnitt.

Der Manifestations-Eid.

§. 1.

I. Rechtliche Begründung desselben nach römischem Rechte.

Die Auslegung eines alten deutschen Volksrechtes bekundet, daß Derjenige, welcher im Sterbehause die Gemächer und Schlüssel bewahrte, unter Berührung der linken Haarlocke des Abgeschiedenen, mit der linken Hand und zweier Finger der Rechten schwören mußte [27]) und es scheint das auf ein bereits vor der Einführung des römischen Rechtes in Deutschland bestandenes Recht, welches den in Rede stehenden Eid kannte, hinzudeuten. Auch fehlt es nicht an einzelnen späteren Spuren, welche eine solche Annahme rechtfertigen möchten; wie denn der in einzelnen Statutar-Rechten [28]) vorkommende Ausdruck: „Eid äugens und zeigens" offenbar auf ein juramentum manifestationis hin-

27) Jus Frisionum, art 81, tit. 12 (ex interpretatione Sibrandi a Sicama ad leg. Frision.): »Legitimum juramentum ejus, qui in domo mortuaria cameras et claves custodit. Tollat sinistra manu sinistros capillos capitis, eisque imponat dextrae manus digitos duos, et ita juret.« (du Cange Glossar, ad script. med. et infim. Latinit. Tom. III p. 1619); Grimm, Rechtsalterth. S. 898.

28) Stat. Colm. T. 31 cf. Sch. et diss. Hertensteinii; Scherz glossar. germ. med. aevi T. I p. 255 (Argent. 1781) pag. 284 s. v. „Eid äugens".

deutet [29]). Indessen mangelt es über den näheren Zusammenhang noch zur Zeit an festeren Anhaltspunkten zu weiterer Aufklärung in dieser Beziehung und daher sind denn die einschlagenden Bestimmungen des römischen Rechts und die darauf gestützte spätere Rechtsbildung in Deutschland die Grundlage für die Lehre von dem in Rede stehenden Eid.

Bekanntlich hat nach römischem Rechte der Erbe, wenn er über den Bestand der Erbschaft zweifelhaft ist, alsbald, oder innerhalb der zu erbittenden Deliberations-Frist ein Inventar zu errichten [30]) und er ist dann, unter der Voraussetzung der zeitigen Vollendung desselben, vor der Folge, über die Kräfte des Nachlasses haften zu müssen und rücksichtlich des Abzugs der Falcidischen Quart gesichert [31]). Hat sich nun der Erbe der Inventar-Errichtung unterzogen, so wird andererseits in dem Gesetze auch auf die Bedacht genommen, welche Ansprüche an den Erben zu machen haben. Es wird nämlich den Gläubigern, Legataren und Fideicommissaren, welche der Meinung sind, daß die Erbschaft größer sey, als der Erbe sie im Inventare verzeichnet hat, in Ermangelung anderer Beweise, gestattet, von den Erben einen Eid zu verlangen, daß er nicht mehr als angegeben worden (»manifestatum«), von der Erbschaft besitze. Die Stelle lautet [32]): »Licentia danda creditoribus, seu legatariis, vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam a defuncto relictam, quam haeres in inventario scripsit, quibus voluerint

29) Scherz, l. c. pag. 71: „Augen“, ostendere. Par. Poet. V. T. Joh. f. 45 de Josepho: „Er sprach in dem troume min sach ich fuirwar unn augte mir min troum nun duhte muih daß wir ꝛc.“ — Instr. 1396 in L. Sal. A.: »Promiserunt quoque Gubernatores et Procurator praedicti pro se et suis in ipsorum officiis successoribus Dnis Decanis et Capitulo praescriptis in quibuslibet locis, ubi quando et quoties iis opus fuerit praedictum Instrumentum Theutunicum, si de eo indigerint, monstrare, accommodare et ipsis cum eodem obedire erga quascunque personas, in vulgari, sii sullent inen es zoegen und oegen, unn in lihen unn in domit gehorsam sin.“ — „Augen, manifestare, Als. D. n. 974: „wir funden und Awgen in das —“.

30) l. 22 §. 2, 4 C. de jure delib. (6. 30).

31) l. 22 §, 2, 12 C. eod.

32) l. 22 §. 10 C. de jure delib. (6. 30). Vergl. auch Nov. 1 cap. 2 §. 1.

legitimis modis quod superfluum est, approbare, vel per tormenta forsitan servorum haereditariorum —; vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint: ut undique veritate exquisita, neque lucrum neque damnum aliquod haeres ex hujusmodi sentiat haereditate: illo videlicet observando, ut si ex haereditate aliquid haeredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere vel haereditatis quantitati computare compellantur«,

Da hier nur von der Anwendung dieses Rechtsmittels bei Klagen von Seiten der Gläubiger, Legatare ꝛc. die Rede, nur für diese also eine Erleichterung bei der Beweisführung damit gegeben ist, so entstand die Frage: ob nicht auch der Erbe, wenn er mit der Erbschaftsklage gegen den, welcher pro herede oder pro possessore besitzt, oder gegen den Miterben, welcher sich im Besitz von Erbschaftssachen befindet, oder doch zu dem Nachlaß in solche Beziehungen gekommen ist, daß er sich heimlicher Weise dazu gehörige Gegenstände aneignen konnte, klagend auftritt, dazu befugt erscheine? Nach älterem römischen Rechte war die Art und Weise, wie der Kläger rücksichtlich des Beweises, daß sein Gegner besitze, sich helfen konnte, die, daß er der interrogationes in jure sich bediente. Er konnte nämlich noch vor der Litiscontestation den Verklagten fragen: Ob und wieweit er die Sache besitze und auf welchen Titel hin? Gab der Verklagte eine unrichtige Antwort und konnte er hiernach vom Kläger der Unwahrheit überführt werden, so wurde ihm zur Strafe der Besitz entzogen [33]). Schon im Justinianischen Rechte verloren indessen diese interrogationes in jure ihre eigenthümliche Bedeutung und Stellung; sie wurden ein Theil des ordentlichen Beweisverfahrens und heute zu Tage findet sich nur die Verpflichtung des Verklagten, bei Gelegenheit der Litiscontestation sich bestimmt auf die Behauptung des Klägers, daß er und zwar pro herede oder pro possessore besitze, zu erklären [34]). Hier, um also dem Erben, einem Ver-

---

33) l. 20 § 1 D. de interrog. in jur. (11. 1); l. 11 C. de pet. hered. (3. 31). — Bethmann Hollweg, Versuche, S. 122, 276 fg.

34) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 17 fg.

lassenschafts-Prätendenten gegenüber, Rechtshilfe zu gewähren, war nun die Beantwortung der Frage, ob es da ebenwohl zum Manifestations-Eide kommen könne? von besonderem Interesse. Für ihre Bejahung mußte der jenem Gesetze zum Grunde liegende Satz, daß der Erbe, wenn er hinsichtlich der Erbschaft andern, an diesem Vermögens-Complex Anspruch machenden, Personen, durch die Erbschaftsantretung verantwortlich geworden war, durch eidliche Kundgebung den Bestand des Nachlasses wahr zu halten habe, ins Leben treten, und in ähnlicher Weise wirkte derselbe auch in dem Fall eine rechtsbegründete Analogie, wenn die wider einen Schuldner sich erhebenden Gläubiger ihr Recht auf dessen Vermögen beanspruchten. Wie in jenem gesetzlichen Falle des Beneficiar-Erben, war ja auch in diesem von einem ganzen Vermögen die Rede, rücksichtlich dessen die Annahme gerechtfertigt erschien, daß der Cridar zur eidlichen Angabe desselben nach seinem ganzen Umfange für verpflichtet erachtet werden müsse. Bestimmungen, wonach zur Erforschung des Vermögens in den Bereich der Kirche entwichener (»refugae«) säumiger Schuldner [35]), so wie zur Sicherung der Curie in Ansehung des theilweise ihr anfallenden Nachlasses eines Decurionen [36]) auf einen Eid hingedeutet wird, trugen dazu bei, eine Ausdehnung jener gesetzlichen Vorschrift zu befestigen, und zu erweitern. Letzteres in sofern, als an der in der vorletzten Note Bezug genommenen Stelle gegen die Inhaber und Hehler dem Schuldner gehöriger Mobilien, in näher bezeichneter Weise, vorgeschritten und dabei namentlich das auf die Gewissensrührung sich beziehende Mittel angewendet werden sollte. Es erhellt hieraus, daß damit dem weitern Fortschritt zu einer eidlichen Offenbarung auch von Seiten der in näherem Verhältniß zu dem Schuldner stehenden Personen, wie Diener, Familienmitglieder 2c. ebensowohl, wie für die Anwendung des Eides als Executionsmittel, die Bahn geöffnet war.

---

35) l. 6 §. 4 C. de his, qui ad eccles. confug. (1. 12), verb.: »Sicubi res depositae vel commodatae dicuntur, inquirendi talem volumus esse cautelam: ut si sola suspicione apud aliquem adserantur absconditae, de sua etiam conscientia satisfacere jubeatur.«

36) l. 2 pr. quando et quanta pars (10. 34).

In diesen Bemerkungen ist das Material bezeichnet, dessen Benutzung zur weiteren Entwickelung der jetzt in den einzelnen Ländern in sehr verschiedenem Umfange geltenden Grundsätze vom Manifestations-Eide geführt hat.

II. Erweiterung des Bereichs des Manifestations-Eides über den gemeinrechtlichen Umfang.

§. 2.

Nach sächsischem und gemeinem Rechte.

Auch in den deutschen Rechtsquellen beziehungsweise Statutar-Rechten finden sich Satzungen, welche für ähnliche Verhältnisse, als die angezogenen des neuern römischen Rechtes einen, dem in Rede stehenden an die Seite zu stellenden, Eid anordnen. Verschieden sind hier diejenigen Normen, welche dem sächsischen Rechte zum Grunde liegen, von denjenigen, welche dem Einflusse des römischen Rechtes mit ihre Entstehung verdanken und späterer Zeit als jene angehören.

In der ersteren Hinsicht wird im Sachsenspiegel [37]) bestimmt: „Sondert der Vater vnd die Mutter einen jrer son oder töchter von jn mit jrem Gut, sie zweien sich mit der Kost oder nicht, wöllen sie nach des Vaters Tod, oder nach der Mutter, jr Erbtheil ansprechen, — sie müssen inn die Teilung bringen mit jrem Eide alles das Gut, da sie mit abgesondert waren, ob es ist farende Habe (sonder Gerade vnd Heergewette). Ist es aber ander Gut, das man beweisen mag, da mögen sie nicht für schweren". Weiter heißt es an einer andern Stelle [38]) in Beziehung auf das Verhältniß, welches nach des Mannes Tode zwischen dessen nachgelassener Wittwe und seinem Erben entsteht: „Was das Weib nicht hat dieser Ding (nämlich Schwert, das beste Pferd, den Harnisch 2c) das darff sie nicht geben, ob sie jr vnschult dafür thun darff, das sie es nicht habe, vmb jglich Stück

---

37) B. I Art. 13.
38) B. I Art. 22.

sonderlich. Was man aber beweisen mag, da mag weder Man noch Weib kein Vnschult für thun —".

Es sind das Bestimmungen, welche mit den früher angedeuteten Grundsätzen vom ältern deutschen Reinigungseide in Uebereinstimmung sich befinden und man hätte denken sollen, daß nach dieser Richtung hin die Ausbildung der Lehre von dem dermalen in Rede stehenden Eide erfolgt seyn müsse. Dieß war indessen nicht der Fall; vielmehr liegen Zeugnisse darüber vor, daß gerade in Sachsen bis in das 16. Jahrhundert die oben bemerkten Grundsätze des römischen Rechts angewendet wurden. So bemerkten insonderheit sächsische Processualisten, wie Heigius [39]), Carpzov, welcher letztere als der Gründer der späteren, abweichenden Praxis anzusehen ist, in der hier einschlagenden Ausführung [40]), daß vor ihrer Zeit die herrschende Ansicht die gewesen sey, es müßten die Erben und alle, von welchen ein Inventar verlangt werden könne, auch dieses letztere selbst mit einem Eide bekräftigen.

Freilich aber veränderte sich von dieser Periode an die Auffassung des Verhältnisses in jenem Theile von Deutschland. Zu seiner Zeit, bemerkt nämlich der zuletzt genannte Schriftsteller, habe die Meinung Geltung erlangt, daß zu Beiden, der Vorlegung eines Inventars und einer eidlichen Versicherung, der Erbe nicht genöthigt werden könne, es nur unter der Voraussetzung eines ungenügenden Inventars oder eines sonst bestehenden Verdachtes zur Leistung des Eides komme, und die Vorlegung des Inventars von der letztern befreie [41]); gleichviel dann, in Beziehung auf jenes Inventar, ob dasselbe nullum oder nur imper-

---

39) P. I qu. 40, n. 21.

40) jurisprud. for. P. III const. 33 def. 8.

41) Carpzov, l. cit.: „Sed hactenus aliud usu fuit introductum et visum est alterutrum sufficere, scilicet ut vel legitimum inventarium exhibeatur, vel eo non confecto, in subsidium saltem juramentum exigatur, — non enim deferendum est juramentum nisi deficientibus probationibus a jurisjurandi praestatione sese exonerare volet. — Atqui inventarium rite et solenniter conditum probationem facit et inter publica instrumenta, quae fidem merentur, connumeratur. — Unde et regulariter pro inventario praesumitur, eoque standum est, donec con-

fectum [42]), eine Obsignation der Verlassenschaft jener gar nicht vorausgegangen, oder nicht alsbald bewirkt worden sey [43]), oder ein Verdacht des Betrugs wider den Erben vorliege [44]); wobei übrigens die Verbindlichkeit zur Eidesleistung in dem Falle nicht für begründet erachtet wurde, wo der Erbe nur aus Unkenntniß gewisse Gegenstände im Inventar aufzunehmen unterlassen hatte [45]).

Wenn gleich man das Inventar als das »caput et fundamentum rationum reddendarum« betrachtete, so wurde gleichwohl angenommen, daß, wenn dasselbe nicht errichtet worden sey, dennoch durch die jurata specificatio, d. h. die Leistung des Offenbarungs-Eides, dem Erben die Vortheile der Antretung der Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars, selbst nach Ablauf der Fristen, erhalten würden.

Die dieser neuen Rechtsbildung zum Grunde liegende Idee stand allerdings mit der Entwickelung des altgermanischen Vertheidigungseids zu dem neuern Reinigungseid in Beziehung. Wie bei jenem von der Begründung eines wider den Schwörenden obwaltenden Verdachts nicht nothwendig die Rede war, wohl aber eine solche bei diesem, nach dem früher Ausgeführten, erfordert wurde, so auch hier. Der alte, jener Stelle des Sachsenspiegels noch zum Grunde liegende, Vertheidigungseid war nicht mehr in seinem früheren Umfange im Rechtsleben vorhanden, die Grundsätze des canonischen Rechtes über die Begründung des Verdachts zum Zwecke eidlicher Reinigung dagegen waren an ihre Stelle ge-

---

trarium doceatur. — Hocque disserte fuit confirmatum ab — Saxon. Electore hac Const. 33 §. Damit aber *c. in verb.: Ein Inventarium vorlegen, oder in Mangel dessen vermittels eines Eydes außsagen. »Ergo ad juratam specificationem non nisi inventario deficiente perveniri potest.« Dabei bezieht sich Carpzov auf ein Leipziger Schöffenurtheil vom J. 1633, das so schließt: „Do nun eurem Fürgeben nach der Ehemann als Erbe über seines Weibes Verlassenschaft kein richtiges und beständiges Inventarium, danach man sich in Ansetzung der Legitima zu achten, auffgerichtet hätte *c. So were er gedachtes seines Weibes Verlassenschaft vermittels Eydes anzuzeigen schuldig."

42) Carpzov, l. c. def. 9.

43) Idem, l. c. def. 10.

44) Idem, l. c. def. 11.

45) Idem, l. c. def. 12.

treten; was erschien natürlicher, als daß sie auch jenen im Sachsenspiegel gestatteten Eid modificirten.

Zur Erklärung der Carpzovschen Lehre von der subsidiären Eigenschaft der jurata specificatio, d. h. des Offenbarungseides, ist aber noch ein weiteres Moment nöthig, welches in der Beweiskraft öffentlicher Urkunden besteht. Gegen diese überhaupt sollte, wie schon früher ausgeführt worden ist [46]), ein Eid nicht stattfinden; wo ein Document dieser Art vorliege sonach auch nicht noch ein nothwendiger Eid erfordert werden. Die Vereinigung beider Grundsätze führte folgeweise dahin, daß wenn z. B. vom Erben ein Inventarium in Bezug genommen wurde, man alsdann dasselbe in Folge der Klage der Legatare ꝛc. für hinreichend, die Ableistung eines Eides von Seiten jenes daher nicht für erforderlich erachtete.

So war also schon nach dem Angedeuteten das römische Recht in doppelter Beziehung umgeändert; einmal dadurch, daß das Inventarium des Eides nicht bedurfte, um an sich völlig glaubwürdig zu erscheinen; in welcher Hinsicht man den dabei mit in Betracht kommenden Gedanken verwarf, daß, um beim erwähnten Beispiel stehen zu bleiben, das Verhältniß des Erben zum Nachlasse an sich schon geeignet erscheine, denselben zu verdächtigen; — sodann aber auch dadurch, daß man umgekehrt, in Ermangelung des Inventars, den Eid für genügend hielt, um den wahren Umfang des Nachlaßbestandes festzustellen.

Hierzu gesellte sich aber noch eine dritte Modification. Sie bestand in der Erweiterung des Kreises derjenigen Personen und Verhältnisse, rücksichtlich welcher der solchergestalt ins Leben eingeführte neue Offenbarungs-Eid zugelassen wurde. Man gestattete denselben nach jener doppelten Richtung hin, also in subjectiver und objectiver Beziehung. Es war sonach nicht blos, wie nach römischem und dem diesem analog nachgebildeten Rechte, von schwurpflichtigen Erben ꝛc., sondern auch von Verwaltern fremden Vermögens, das Pfand veräußernden Gläubigern, Vormündern, Gesellschaftern ꝛc. in der fraglichen Beziehung die Rede. In dieser

---

46) Abth. II S. 114.

Hinsicht gedenkt denn Carpzov namentlich der Obliegenheit der Wittwe, welcher, als Witthum der Nießbrauch an Gütern eingeräumt worden, ein Inventar zu errichten und Caution für jenen zu leisten, weil ohne ein Inventar bei Beendigung des Nießbrauchs die Integrität der Substanz nicht festzusetzen stehe. Daher wird überhaupt ein Jeder zur Errichtung eines Inventars für verbunden erachtet, welchem die Verbindlichkeit zur Restitution einer Sache aufliegt [47]). Eben die Wittwe soll, nach Maaßgabe der einschlagenden Grundsätze des sächsischen Rechtes, die aus dem Nachlasse ihres Ehemannes ihr gebührenden Brautgeschenke, Gerade, Witthum rc., unter den geeigneten Voraussetzungen, aus jenem selbst nehmen dürfen; zu diesen letzteren aber die Errichtung eines förmlichen Inventars, oder eine eidlich zu erhärtende Specification („jurata specificatio") erforderlich seyn [48]). In gleicher Weise wie die Wittwe wird sodann auch der Erbe und jeder andere, „bonis defuncti se immiscens" und „hereditatem propria auctoritate occupans" dazu für verbunden erachtet; ferner der Kläger bei der Erbtheilungsklage, endlich: „omnes, qui bonorum alienorum administrationi se immiscent, veluti a creditore pignora vendente; socio, tutore."

Das in dieser Andeutung kurz bezeichnete Institut des sächsischen Manifestations-Eides ist in sofern von Bedeutung, als danach einerseits die Ableistung desselben beim Vorhandenseyn einer öffentlichen Urkunde und in Beziehung auf deren Inhalt eintreten soll, — andrerseits aber in der Zulassung jenes Eids, in Ermangelung des Inventars, ein Wiederaufleben des altdeutschen Reinigungseides, wie er in dem Sachsenspiegel (a. a. O.) zur Anwendung kam, gefunden werden kann.

Diese Grundsätze des sächsischen Rechtes haben zwar in weitem Umfange auf die Ansichten der Processualisten und der Gerichte wirksam sich erwiesen [49]). Indessen läßt sich keineswegs behaupten,

---

47) Carpzov, jurispr. for. P. II const. 42 def. 7 seq.

48) Ibid. def. 7.

49) So z. B. im Gegensatze zu dem ehemals schwedischen Theile von Pommern, im Brandenburgischen (Hinter-) Pommern. Nach dem Zeugniß von Movius, de jurata specificat. (Francof. ad Od. 1665) cap. II § 8,

daß sie eine allgemeine Anwendung zur Folge gehabt hätten. So finden sich namentlich, was das südliche Deutschland betrifft, nicht wenige Statutarrechte, welche eine fast wörtliche Wiederholung der Bestimmungen des römischen Rechtes über die eidliche Bestärkung der Richtigkeit des Inventars über Verlassenschaften enthält. Beispielsweise sind hier nur anzuführen: die Nürnberger Reformation von 1564 [50]), besonders aber die Frankfurter Reformation [51]). In Beziehung auf einen Theil des nördlichen

---

ertheilte das Brandenburgsche Hofgericht zu Stargardt im J. 1673 eine Bescheinigung dahin: „daß in denen Fällen, da ein solenne Inventarium nach Disposition gemeiner Rechte und dieser Lande special Constitution erfordert wird, auch woll gestalten Sachen nach und insonderheit wenn nicht mehr res integra und ein förmliches Inventarium praevia citatione interessentium verfertigt werden kann, loco Inventarii specificatio jurata im Churf. Hinter-Pommernsch. Hoffgerichte hierselbst admittiret und für gültig gehalten wird." Und die Juristen-Facultät zu Jena bestätigte ein dahin transmittirtes Erkenntniß aus demselben Landestheile (aus Cöslin), das dahin ging: „wofern die von Beklagten Witben Vormunden übergebene Specification ihres Ahnherrn Verlassenschafft mit einem Leiblichen Eyde bestärcket wird, welches sie die Witbe zu thun verbunden: So ist solche an statt eines solennischen und zu recht beständigen Kundbuches zu halten und gedachte Wittwe deswegen ferner nichts zu beschweren."

50) Th. II Tit. 38 §. 3: Wie die Inventarien sollen becräfftiget werden: „Nachdem des Verstorbenen Verlassenschaft beschrieben worden, sollen zwen des klainern oder grössern Raths zur siegelung derselben schrifft oder Inventariums gepoten und alsdann der Inventari für das Gericht gepracht, und so verr kain Einred geschieht, in beysehn deren, die die Sach mit belangt, mit dem Aid beteurt, auch durch den Gerichtsschreiber, wann und durch wen solche Beteurung geschehen, altem geprauch nach underschrieben werden."

51) Th. VI Tit. 3 (Von Inventirung der Erbfälligen und anderen Güter) §. 11: „Es soll auch den Legatarien, Gläubigern vnd allen andern, so der Erbschafft halben Interesse haben mögen, zugelassen seyn, gegen dem Inventario, wann sie vermeinen, daß es nicht rechtmässiglich, noch dieser Ordnung gemäß auffgericht, oder, daß nicht alles darein treuwlich gebracht seyn solte, nicht allein jhre Einrede zu thun, sondern auch sie die Erben, so Inventiren lassen, auff den Eydt, daß nichts durch sie hinderhalten, sondern alles so jhnen bewust, treuwlich in das Inventarium kommen sey, zu bringen." Wie denn auch weiter eben daselbst Th. VII Tit. 2 §. 3 gesagt wird: „daß die Mutter, oder Anfrau, welche Vormünderin werden will, das Inventar, wie solches sich (nach jener Stelle) gebührt, auffrichten und darein alle der Kinder Güter vnd Nahrung, treuwlich kommen vnd beschreiben lassen, auch wissentlich vnd gefährlich nichts

Deutschlands, den ehemals schwedischen Theil von Pommern, wird sogar im 17. Jahrhundert ausdrücklich die Geltung entgegenstehender Grundsätze bezeugt [52]). Daß und in welcher Weise auch in Mittel-Deutschland, namentlich in Hessen, diesen, dem gemeinen Rechte entsprechenden, Grundsätzen der Vorzug gegeben worden sey, wird gleich näher erwähnt werden. Auch hier fehlt es nicht an einem Zeugniß dafür, daß, vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus, alle diejenigen Verhältnisse als zur Auflegung des Manifestations-Eides ungeeignet zu erachten seyen, welche die römischrechtlichen Anwendungsfällen überschritten [53]).

Für diese auf das römische Recht sich zurückbeziehende, die eidliche Specification nicht begünstigende, Auffassung, wonach ein Inventar erfordert und auch ein solches nicht ohne eidliche Bestärkung zugelassen wird, läßt sich die der Erfahrung entlehnte Behauptung anführen, daß nicht selten während des Hinscheidens des Erblassers, oder nach dessen Tode (»agonizante debitore aut mortuo«), ehe der Notar oder das Gericht zur Obsignation angekommen sind, Gegenstände von den Anwesenden bei Seite gebracht werden, und daß die gesetzliche Voraussetzung des Eides eben in dem durch das Verhältniß des Erben zum Nachlasse begründeten Mißtrauen liegt, welches in seiner Richtung auf das, was vor der Inventarisirung vom Erben hinsichtlich der Erb-

---

hinderhalten, noch verschweigen sollen. Dann", heifft es weiter, „da die Creditores, oder andern Interessenten, hernach anderß erfahren würden: so sollen sie macht haben, sie derwegen alles vollkömmlich treuwlich in das Inventarium kommen zu lassen, auff den Eydt zu bringen".

52) Movius, l. c. cap. II §. 7. Derselbe bekundet, unter Bezugnahme auf Gutachten dasiger Praktiker, so wie der Greifswalder Juristen-Facultät und eigener 22jähriger Praxis, daß ihm kein Fall bekannt sey, in welchem von den »constitutiones imperii« abgewichen und ein Erbe, in Ermangelung eines Inventars, zur eidlichen Specification zugelassen worden sey."

53) Langsdorf, de juram. manifest., Marb. 1784, §. 26: »Inde sequatur oportet, omnes alios, quicunque sint, tutores, usufructuarii etc. quibus restitutio aliqua secundum inventarium incumbit, juramento manifestationis absoluto quidem, rite ac legitime confecto inventario gravari non debere. De his enim nec verba legis loquuntur, nec ejus ratio ad eos ullo modo potest, adeoque nec debet«.

schaftsmasse unternommen seyn kann, durch die Form der gerichtlichen Inventar-Aufnahme nicht beseitigt wird [54]).

Bei dieser Verschiedenheit der Rechte und Rechtsansichten, namentlich zu der der Entstehung des sächsischen Offenbarungseides am nächsten gelegenen Zeit, ließ sich nun aber auch für die spätere eine Vereinigung rücksichtlich derselben nicht erwarten und so ist es denn geschehen, daß, wo nicht die einzelnen Territorial-Gesetzgebungen dem Institute die eine oder andere Richtung gaben, die Gerichte entweder den nach gemeinen, oder den nach sächsischem Rechte geltenden Manifestations-Eid für den statthaften erklärten. Einige Zeugnisse dieser späteren Zeit mögen das Gesagte belegen. So erklärt Ef. Pufendorf [55]) diesen Eid (s. specificatio jurata) für nichts Anderes, als eine »bonorum et rerum designatio seu indicatio ei facienda, cujus habere illarum notitiam interest,« und zu dessen Leistung für verbunden: die „1. administratores rerum alienarum; 2. qui haereditati sese ad alium pertinenti immiscuerunt; 3. tutores qui inventarium non confecerunt [56]); 4. creditores immissi, wegen ihrer Obliegenheit zur Inventar-Errichtung; 5. socii; 6. debitores, bona sua vel occultantes, vel aliorsum transferentes; 7. qui bonis cedunt; 8. thesauri inventores Demjenigen gegenüber, welchem sie den Schatz ganz oder zur Hälfte herauszugeben schuldig sind; 9. incolae, domicilium, bonave sua aliorsum transferentes, ob gabellam solvendam; 10. in civitate Luneburgensi: cives incolaeque omnes, qui quidem speciatim exemti non sunt, ad quantitatem col-

---

54) Brunnemann, in l. 22 §. 10 C. de jur. delib. (6. 30) §. 10 n. 47. Daher bemerkt denn auch Movius, l. c. §. 9, indem er die Nothwendigkeit der Leistung des Manifestations-Eids auch bei Vorlegung eines gehörigen Inventars, der in Sachsen üblichen Gestattung einer eidlichen Specification gegenüber, vertheidigt: »Accedit, quod etiamsi omnes solennitates ad amussim in inventaria observatas deprehendamus, bona tamen hereditaria facile supprimi potuerint.«

55) (a. 1733); introd. in proces. civ. elect. Brunsv. Luneb., P. III c. 14 §. 1 (p. 478).

56) Er gibt aber hier zu, daß außerhalb Sachsen gezweifelt werden könne, ob nicht, nach l. 7 pr. D. de adm. et peric. tut., in solchem Falle der Pupill wider den Vormund zum jusjurandum in litem zuzulassen sey.

lectarum de bonis ipsorum quotannis solvendarum indicandam; 11. qui a defuncto accepta, vel alia sua quoque bona conferenda habent, v. g. conjux superstes pauper, quartam bonorum conjugis defuncti petens; 12. in ducatu Luneburgico Cellensi: omnis hereditas juramento manifestanda est, quae ab linea collaterali venit, ideo ut pars ejus quinquagesima aerario publico inferatur«.

Daß also auch in den hannoverschen Landen die Erweiterung des fraglichen Eides, wie sie in subjectiver und objectiver Hinsicht durch das sächsische Recht begonnen war, noch zugenommen hatte, ersieht man aus den bei der vorstehenden Mittheilung in Bezug genommenen, außer den Allegaten aus sächsischen Juristen, in Stellen inländischer Rechte bestehenden Belegen. So wenig bei solcher, meist nur territorialrechtlicher, Begründung zu einer Generalisirung Veranlassung vorhanden war, suchte doch ein preußischer Jurist, J. F. Seyfart [57]), die Geltung der erwähnten Fälle nicht, wie Ef. Pufendorf gethan hatte, auf die Grenzen des engern Vaterlandes zu beschränken, sondern vielmehr ihnen eine Anwendbarkeit für das „Reich" zu geben. Dieß war um so weniger zu rechtfertigen, als selbst spätere sächsische Juristen, wie z. B. Chr. Fr. Schröter [58]), — wenn gleich seine Bestimmung der Vorstellung von der jurata specificatio sehr umfassend lautet [59]), — keineswegs in der nähern Ausführung, insonderheit bei Bezeichnung der schwurpflichtigen Individuen, soweit, als der genannte Schriftsteller, fortgeschritten waren. Schröter bezeichnet nämlich [60]) als solche, von welchen jene Specification verlangt werden könne: Alle, welchen die Verbindlichkeit der Errichtung eines Inventars obliegt, wenn sie dieselbe versäumt, oder nur mangelhaft bewirkt haben und rechnet dahin: den Vater, unter gewissen Voraussetzun-

57) (Halle, 1756); teutscher Reichs-Proceß, B. 1 Cap. XV. (S. 370).

58) (Dr. jur. u. Advocat) diss. de jurata specificatione (Jen. 1738).

59) l. cit. cap. 1 §. 1: »— describenda videtur, quod sit designatio seu manifestatio rerum tam mobilium, quam immobilium, tam corporalium quam incorporalium, quarum designans habet notitiam, ei facienda, cujus interest noscere earum quantitatem et qualitatem, juramento in loco judicii praestito, firmata.«

60) l. cit. §. 5.

gen [61]), die Mutter [62]), die Wittwe [63]), sodann jeden Administrator eines Vermögens, in Ermangelung eines feierlichen Inventars [64]), insonderheit den Vormund unter näher angegebenen Voraussetzungen.

Es konnte nicht fehlen, daß bei solcher Doctrin die Grundverschiedenheit in der Lehre vom Manifestations-Eide nach sächsischem und gemeinem Rechte immer mehr zurücktrat, die jenem ausschließlich zugehörenden Sätze als dem allgemeinen Gedanken entsprechend erachtet und daher für gemeines Recht auch ausgegeben wurden. So erklärt es sich, wenn spätere Processualisten, obwohl sie nicht in den sächsischen Landen schrieben, doch sächsisches Recht lehrten, so daß danach allmälig von Vielen jener Eid als auf alle Vermögens-Verwalter ausgedehnt verstanden wurde [65]);

---

61) l. cit. §. 5, 6, 7.

62) l. cit. §. 8, 9.

63) l. cit. §. 10, 11.

64) l. cit. §. 18; gleichviel übrigens, ob der administrator eine persona vera sive mystica sey, wie z. B. die Kirche, der Fiscus, welcher zum Erben eingesetzt worden ist.

65) Mevius, decis. II, 96, 245; IV, 92; VI, 59, 150, 411; Stryk, us. mod. lib. 5 tit. 3 §. 5; caut. juram. P. III sect. 3 c. 1; J. H. Böhmer, consult. T. II p. 1 resp. 178, 276, 418; Estor, Anfangsgr. d. Reichspr. §. 590; Hofmann, deutsche Reichspr. I §. 699—708; Fredersdorf, Anleit. f. Justizbeamte, Th. III S. 10 fg.; Schmidt, Klagen rc. §. 1023; Hellfeld, jurispr. for. §. 417; Glück, Com. Th. V S. 374; C. Chr. G. Schneider, Lehre vom rechtl. Beweise (N. Ausg. v. C. Hofman, Gieß. 1842) §. 413: „Dem Reinigungseide ist noch der Offenbarungseid ähnlich, welchen Derjenige, der einen, in Ansehung seiner Größe und seiner Bestandtheile unbestimmten Inbegriff fremden oder gemeinschaftlichen Eigenthums, z. B. eine Erbschaftsmasse, in Händen gehabt hat, bei Ablieferung derselben an den Eigenthümer oder Theilnehmer, darüber, daß er den Betrag so vollständig, als er ihm bekannt ist, angegeben habe, zu leisten schuldig ist". Röbiger, Lehre v. Manif.-Eid, §§. 1 u. 4 nimmt an, daß dieser Eid überhaupt von jedem Verwalter fremder Güter verlangt werden könne, denn wo von einer solchen Verwaltung die Rede sey, worüber Rechnung abgelegt, ein Inventarium errichtet werden müsse, da werde auch der Gedanke der Veruntreuung entstehen und folglich die Gestattung jenes Eids zur völligen Eruirung der Masse nothwendig erscheinen. Darum müsse dessen Gebrauch namentlich gegen den occupator hereditatis, tutor, curator, negotiorum gestor, Nutznießer, Socius, Mandatar, kurz alle Diejenigen, qui administrationem bonorum in se susceperunt,

so wie, daß einzelne neuere Particularrechte mit dieser Doctrin einen übereinstimmenden Gang nahmen [66]).

§. 3.

Nach hessischem Rechte.

In Hessen ist man zwar ebenwohl, aber mit größerer Vorsicht bei den Voraussetzungen der l. ult. §. 10 de jur. delib. nicht stehen geblieben, und hat, so wohl nach der Seite des zur eidlichen Offenbarung Verpflichteten, als nach der des Gegenstandes der in Betracht kommenden Verwaltung hin das Gebiet des Manifestations-Eides erweitert. Zum näheren Verständnisse der hier einschlagenden Praxis sind zunächst die im Gegensatz zu dem sächsischen Rechte geltenden Grundsätze rücksichtlich des Verhältnisses des Inventars zum Offenbarungseide vorauszuschicken.

Wenn im römischen Rechte von der Errichtung des Inventars unter eidlicher Bestärkung die Rede ist, so hat das die Bedeutung, daß wegen der innerhalb der Fatalien und in gesetzlicher Form bewirkten Abfassung jenes, der Erbe vor den Folgen einer unein-

---

gestattet seyn. Bayer, Vorträge, S. 557; Wetzell, a. a. O. — Mit wesentlicher Beschränkung drücken sich aus: Malblank, l. c. §. 48: »— ea dogmata non solum ad haeredes sed et tutores, curatores, aliosve administratores, ad inventaria obligatos, suo modo applicanda sunt«; Linde, Civilproc. §. 374, redet vom gedachten Eide nur als Mittel um Executionsobjecte zu erforschen; Heffter, System §. 265 erkennt seine Statthaftigkeit an, zum Zweck der objectiven Feststellung der Condemnatio, für die „rechtlich dazu geeigneten Fälle."

66) In Beziehung auf: Bayern, Ch. E. v. Wendt, Handb. d. bayer. Civilproc. B. I §. 118 b: „Wer sich fremder, oder in Anspruch genommener Sachen, ohne Gefährde, unterzieht, ist, auf Verlangen der Interessenten, nach vorläufiger Bescheinigung ihres Interesse, im Mangel eines legalen Inventars, schuldig, eine zuverlässige Specification darüber herauszugeben, und solche eidlich zu bekräftigen, Offenbarungs-, Manifestations-Eid (jur. manifest.; jurata specificatio)«. — Andere solche Particularrechte enthalten nur Bestimmungen über diesen Eid in einzelnen Beziehungen, wie die preuß. Gerichtsordn., rücksichtlich seines Zwecks als Executionsmittel, vergl. Heffter, Civilproc. im Gebiet des allgem. Landrechts, §. 282 (S. 334); und die hannoversche Proceß-Ord. v. 8. Nov. 1850 §. 620.

geschränkten Antretung der Erbschaft, wider ein Haften über die Kräfte der Nachlassenschaft also, geschützt wird [67]), indem man davon ausging, daß derjenige, welcher die Errichtung des Inventars versäume, also der Rechtswohlthat sich zu bedienen verschmähe, der Unterschlagung von Erbschafts-Gegenständen sich verdächtig mache und daher mit Recht den gesetzlich angedrohten Nachtheilen unterliege. Und da die ganze Bedeutung und Wirkung der Anordnung auf der Beobachtung der hierfür vorgeschriebenen Solennitäten bei der Aufnahme des Inventars gegründet war, so erhellte hieraus, daß dasselbe nicht durch ein, wenn auch eidlich erhärtetes Verzeichniß der Vermögens-Bestandtheile, welches von dem zur Herausgabe von Erbschaftssachen rc. in Anspruch genommenen, vorgelegt wurde, ersetzt werden könne. So verhielt sich die Sache seit dem 16. Jahrhundert in Deutschland wohl überall, wo nicht sächsisches Recht galt. Zeugnisse dafür sind für das südliche und nördliche Deutschland bereits beigebracht, und namentlich bemerkt D. Mevius, daß eine eidliche Specification nur die Wirkung einer bloßen Vermögens-Notiz, deshalb aber nicht die eines Inventars mit der bezeichneten Wirkung habe, weil sonst den manchfaltigen Uebervortheilungen und Nachtheilen, welchen durch das Gesetz habe vorgebeugt werden sollen, Thür und Thür geöffnet seyn würden [68]).

Hiermit im Einklange stehen denn auch die in Hessen geltenden Grundsätze. Hier, wo, insonderheit rücksichtlich der Erbschafts-Strittigkeiten und für alle Fälle, wo ein Inventarium zu errichten nöthig ist, die gerichtliche Aufnahme desselben eingeschärft worden war [69]), wurde, auf Veranlassung jener sächsischen Praxis der Zweifel angeregt, ob nicht eine eidliche Specification dem Inven-

---

67) Ueber die in der hessischen Praxis bestehenden Grundsätze vergl.: N. Samml. Entsch. d. O. A. Gerichts zu Cassel Th. III Abth. 2 S. 6 fg.

68) Mevius, P. II dec. 96; VI dec. 411, 265.

69) Verordn. v. 26. Jan. 1751, worin bestimmt wird: „daß solches anders nicht gemacht und vor ordnungsmäßig gehalten werden soll, es seyen denn die darin specificirten Stücke jedesmahl zugleich auch in Beyseyn des Beamten oder des Inventarisations-Commissarii und derer dabei interessirten Parthieen durch dazu besonders verpflichtete Taxatores ihrem wahren Werthe nach geschätzt worden.“

tare gleich zu achten sey? Man erkannte hier aber mit Leyser [70]), welches gefährliche Mittel damit gewissenlosen Erben dargeboten sey, beherzigte den aus dem Nachbarlande gehörten Wunsch, die ganze Einrichtung aufgehoben zu sehen [71]) und so wurde denn in einem im vorigen Jahrhundert ertheilten oberstrichterlichen Erkenntnisse ausgesprochen: „daß in hiesigen Landen weder durch Verordnungen noch Observanz vor festgesetzt sey, daß die eidliche Specification in hoc casu noch zugelassen und dem inventario gleich gehalten werden soll; dahingegen aber das O. A. Gericht in der Ordnung v. 1746 Tit. 5 §. 11 angewiesen sey, secundum jus civile zu sprechen und hiernach diese Controvers in einem frühern Fall schon wirklich entschieden habe [71a]), mithin, da von dem per majora festgesetzten Principio nicht wieder abgegangen werden könne, man sich hierbei als einer ausgemachten Sache nicht weiter aufzuhalten nöthig habe", deshalb aber jene Frage verneint. Der Anlaß zu diesem Ausspruch gab eine Klage, welche aus einer Schuld des Bruders wider dessen Schwestern als dessen Erbinnen erhoben und in Folge deren auf den Grund ihrer Vertheidigung in restitutorio ihnen auferlegt worden war, sich als Beneficialerben zu qualificiren. Als sie dieß durch eine specificatio hereditatis cum oblatione juramenti thaten, wurden sie von der Regierung in den früher ertheilten condemnatorischen Bescheid verwiesen und vom O. A. Gericht confirmatorisch erkannt „daß die Verklagten vor Erben ihres verstorbenen Bruders schlechterdings zu erkennen — seyen" [72]).

---

70) spec. 365 m. 1: »Non est negandum, consuetudinem hanc incommoda multa parere et heredibus, quibus religio jurisjurandi saepe parum cordi est, occasionem dare, cohaeredes suos vel creditores decipiendi.«

71 a) v. Baumbach g. Procur. Camera. Diese Entscheidung wurde in Bezug genommen in der Stelle in Not. 72.

71) Leyser l. cit.: »Novi — inter Saxones multos, qui jus tam periculosum apud se nunquam receptum mallent ejusque abrogationem optant. Ergo magis mirandum est, ceteras Germaniae gentes Saxoniam hac in parte imitari, et specificationem juratam pari facilitate admittere.« Eben so: Pufendorf, T. II obs. 101 §. 2.

72) Decis. Cass. T. I dec. 23 (J. 1760). Aus den Entscheidungsgründen ist über die oben erwähnte abweichende Richtung des sächsischen Rechtes

Damit war indeß der Gebrauch einer solchen Specification nicht unbedingt, sondern zunächst nur zu dem Zweck, um bei der Antretung der Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars gebraucht zu werden, verboten und hierin wird die Zulassung jener in andern Fällen ihre Erläuterung finden [73]).

Dieß vorausgeschickt ist nun die Richtung der Praxis in Beziehung auf den Manifestationseid und zwar positiv und negativ näher zu bestimmen.

A. In der ersteren Hinsicht sind als positive Merkmale zu bezeichnen: Einmal, das Vorhandenseyn eines Vermögensganzen eines Verstorbenen, oder einer noch lebenden physischen oder moralischen Person, in Beziehung auf welches Dritten entweder ein Anspruch auf Herausgabe, oder doch ein solcher auf Befriedigung von Forderungen aus jenem Vermögens-Complexus zusteht. Sodann, daß sich Jemand auf eine, seine Verantwortlichkeit für die Integrität einer solchen Vermögensmasse begründenden Weise mindestens in der Detention derselben, oder doch in einem Verhältnisse zu solcher befinde, daß er unbemerkt Sachen davon sich aneignen

zu bemerken: »In foro Saxonico«, heißt es darin, „nur allein die jurata specificatio Platz greifet und eben das wirket, was das unterlassene inventarium solenne operiret (Carpzov, P. 3 c. 33 def. 18; Richter, decis. 60 n. 5; Wernher, P. 2 obs. 440; Müller ad Struv, ex. 34 th. 33 tit. 6); solches aber nicht indistincte in andern teutschen Provinzen, wo kein Sachsenrecht gilt, wie verschiedene Doctoren ohne Grund soutenireu, recipiret ist, welches die von Stryk (us. mod. D. lib. 28 tit. 8 §. 2) angeführten leges speciales schon selbst bewahrheiten und die bey Pufendorf, obs. T. II obs. 101 §. 2, noch weiter allegirte verschiedenen Statuta zu erkennen geben, mithin extra Saxoniam, wo sich nichts darüber expresse sanctionirt findet, oder sonst ein solches specialiter recipirt ist, die jurata specificatio nur in solchen Fällen, wann mit denen coheredibus die Sache streitig und wann de sola notitia bonorum hereditariorum die Frage ist, nicht aber zur Befreiung des heredis ab onere solvendi ultra vires hereditatis admittiret wird, Lauterb. coll. th. D. de jur. delib. §. 19; Mevius, P. 2 d. 96, P. VI d. 265; Pufendorf, l. c. §. 4. Welcher letztere auch §. 5 solches mit einem Präjudicio vom O. A. Gericht zu Celle bestärkt und dieß nicht ohnangemerkt zu lassen ist, da unsere Rechte mit denenselben meistens, außer einigen Privatgewohnheiten, conform sind.“

73) Vergl. das, was Pufendorf nach dem in der v. Note in dieser Hinsicht Bemerkten, anführt.

oder verheimlichen konnte und in so weit, oder sonst Verdacht entstanden ist, daß ihm jene Aneignung oder Verheimlichung beizumessen stehe. Endlich, daß ein solches Verhältniß ohne Mitwirkung, beziehungsweise ohne Absicht oder gegen die freie Willensbestimmung des zu 1. erwähnten Anspruchsberechtigten dergestalt eingetreten ist, daß es dem letzteren ohne sein Verschulden unmöglich wurde, sich eine vollständige Kenntniß jenes Vermögensganzen zu verschaffen und die einzelnen dazu gehörigen Gegenstände zu überwachen. Zufolge dieser Uebersicht lassen sich die einzelnen, in der Praxis vorgekommenen, Anwendungsfälle, wie solche nach gesetzlicher Analogie, bei dem obersten Gerichte zugelassen worden sind, als:

I. Erben und Hausangehörige:

1. Rücksichtlich des Miterben zunächst ist zu bemerken, daß er, mag er den Nachlaß ganz oder theilweise besitzen, in der Lage sich befindet, auf Erfordern eidlich manifestiren zu müssen [74]); gleichviel auch, ob er in den Besitz der Nachlaßgegenstände unmittelbar oder nur mittelbar [75]), vor oder nach dem Tode des Erb-

---

74) Kaufmann g. Nußbaum [1198] 15/7 1848. Das Obergericht hatte in einem hier einschlagenden Falle ausgesprochen, in Erw.: „daß die erhobene (Erbtheilungs-) Klage sich als rechtlich begründet darstellt, indem die Appellatin in ihrer vom Appellanten nicht bestrittenen Eigenschaft einer Miterbin in Beziehung auf die Erbschaft seines verstorbenen Bruders berechtigt ist, vom Appellanten, der sich geständigermaßen im Besitze des gemeinschaftlichen Erblassers befindet, den Manifestations-Eid über das in seinem Besitze befindliche, zu dem Ende von ihm zu verzeichnende, zum fraglichen Nachlaß gehörige, Vermögen zu verlangen; — auch dem Gerichtsgebrauche zufolge dieser Anspruch selbstständig ohne Verbindung desselben mit einer andern Klage verfolgt werden kann." Das O. A. Gericht genehmigte diese Gründe mit dem Zusatz, „daß Appellant — seine Verbindlichkeit zur Aufstellung eines zu Recht bestehenden Inventars über den Nachlaß des K., in so weit er sich in dessen Besitze befindet, so wie zur Ableistung des Manifestations-Eides auch nicht dadurch ausgeschlossen seyn würde, wenn er, wie er behauptet, jenen Nachlaß nicht ganz, sondern nur theilweise besitzen sollte."

75) Katzenberg g. Meierhof [529] 27/11 1847, in Erw.: „daß die Appellantin, als Miterbin und zufolge ihres stattgehabten Aufenthaltes im Sterbehause, ohne daß es in letzterer Hinsicht der Bescheinigung besonderer Verdachtsgründe bedarf, zur eidlichen Manifestation verbunden ist; — daß die angefochtene Regulirung des Manifestations-Eides der Appellantin nicht zur Beschwerde gereicht, indem dieselbe die zu dem väterlichen Nachlasse gehörigen Sachen, welche in ihren Besitz gelangt sind, ohne Unterschied, ob sie solche unmittelbar oder mit

lassers [76]) gekommen ist. Es ist dann dieser von den Miterben geforderte Eid dahin gerichtet: daß sie nichts weiter von dem Nachlasse und was mit den Miterben etwa noch zu theilen ist, besitzen [77]). Nicht weniger ist auch der in Rede stehende Eid auf den Antrag des Pflichttheils-Berechtigten gegen den eingesetzten Haupterben zur Anwendung gebracht worden [78]).

2. Eben so, wie es als bekannten Rechtens angenommen wurde, daß ein Miterbe vom andern, welcher bei dem Tode des Erblassers zugegen gewesen war, in Folge der actio familiae erciscundae [79]), solchen Eid fordern könne, erkannte man das auch in Beziehung auf des Verstorbenen Wittwe und Hausgesinde, ja rücksichtlich Aller, welche zu dieser Zeit oder kurz nach dem Tode in dessen Wohnung sich befunden hatten [80]),

---

dem Nachlasse ihrer Schwester — in Besitz genommen hat, anzugeben schuldig ist." — Abel g. Laucht [1246] 15/8 1848. In diesem Falle waren die Streittheile Geschwister und Kinder des verstorbenen A., welcher seine vor länger als 20 Jahren verstorbene Ehefrau, die Mutter beider Theile, überlebt hatte. A. hatte ein Testament gemacht, worin er einige jener Kinder zu Erben eingesetzt, die anderen aber enterbt hatte. Die letzteren klagten, nach des Vaters Ableben wider die ersteren auf Manifestation des mütterlichen Nachlasses, 1. weil ihr Vater, in dessen Hause die Mutter gestorben war, in den Besitz dieses Nachlasses sich gesetzt habe und wie jener, so auch dessen Erben zu dieser Manifestation verbunden seyen; 2. weil sie selbst zur Zeit des Todes der Mutter im Sterbehause sich aufgehalten und 3. nach des Vaters Tod mit dessen auch den darin begriffenen Nachlaß der Mutter sich angeeignet hätten. Die Verpflichtung der Verklagten zur eidlichen Manifestation wurde in allen drei Instanzen anerkannt, in der letzten unter Angabe der weitern Gründe: „daß es sich auch von selbst versteht, daß die in dem Amtsbescheide — bestimmte Formel des von den Appellanten zu schwörenden Manifestations-Eides nicht auf Immobilien des mütterlichen Nachlasses zu beziehen ist, — die Appellanten aber verbunden sind, die übrigen Gegenstände des Nachlasses, soweit dieselben in ihren Besitz gelangten, ihrem Wissen nach vollständig anzugeben, ohne Unterschied, ob sie solche unmittelbar oder mit dem Nachlasse ihres verstorbenen Vaters in Besitz genommen haben."

76) Heyde g. Heyde, [1575] 3/5 1834.

77) Leyser sp. 365 m. 2; Struben, rechtl. Bed. Th. 1 Bed. 61.

78) Schmidt g. Gombert [3332] 1853.

79) Carpzov, def. III, 33. d. 7; Stryk, de caut. jur. III 3, n. 1—4; n. 53; Pufendorf, obs. T. I, obs. 47 §. 23; Struben, rechtl. Bed. I, 70; Seyfart, Reichsproc. XV, 56; Langsdorf, l. c. §. 19; Malblank, l. c. §. 18; Röbiger, a. a. O. §. 4.

80) So wurde auch in einem Erkenntnisse des Obergerichts zu Wolfenbüttel

wenn auch die Obsignation sofort nach solchem geschehen sey, an [81]); und stellte diesem Fall denjenigen gleich, wo der Erblasser bei Andern gestorben war; indem man auch hier des letzteren Obliegenheit für begründet hielt [82]).

3. In besonderer Beziehung die Frage: ob auch den Eltern, insonderheit dem Vater diese Pflicht obliege? hat man bekanntlich gemeinrechtlich, von der Annahme ausgehend, daß der Manifestations-Eid sich als Gefährdeeid auffassen lasse, dieser aber, als dem Pietäts-Verhältnisse der Kinder zu den Eltern widerstreitend weg-

---

(Seuffert, Arch. B. VIII Nr. 150) bezeugt, daß, wenn eine Person, welche in einer solchen häuslichen Gemeinschaft mit dem Erblasser gelebt, kraft deren sie Sachen desselben in Verwahrung oder doch wenigstens die Gelegenheit gehabt habe, sich in die Detention von dergleichen Effecten zu setzen, — solche, einer weit verbreiteten Praxis zufolge, für verpflichtet erachtet werde, auf den Antrag der Erben das, was sie vom Vermögen des Erblassers in den Händen habe oder gehabt habe, eidlich anzugeben.

81) Decis. Cass. T. I dec. 16 n. 7; II dec. 317 n. 15; III dec. 114; Mevius P. 7 dec. 50; Lynker, vol. 2 cons. 103 n. 5. — Hergert g. Knot [5408] 1832; Freidhof g. Freidhof [120] 23/12 1846. In diesem hatte das Untergericht ausgesprochen, in Erw.: „daß, nach feststehendem Gerichtsgebrauche alle diejenigen, welche sich zur Zeit des Ablebens des Erblassers in dessen Wohnung befunden haben, den Manifestations-Eid ohne Darlegung weiterer Verdachtsgründe zu schwören verbunden sind, und hiervon nur bei Eltern, ihren Kindern gegenüber, wegen des unter denselben bestehenden Pietäts-Verhältnisses eine Ausnahme dergestalt eintritt, daß hier besondere Verdachtsgründe nachgewiesenermaßen vorhanden seyn müssen.“ Das O. A. Gericht erkannte dem entsprechend: „daß die Verbindlichkeit des Appellanten zur Manifestation des väterlichen Nachlasses aus dem vom Justizamte angeführten Grunde als begründet sich darstelle.“ Flörsheim g. Elias [1401] 7/9 1848. Durch diese Entscheidung genehmigte das O. A. Gericht die Gründe des Obergerichts, welche dahin gingen, in Erw.: „daß dem Gerichtsgebrauche zufolge der Erbe im Allgemeinen für befugt zu halten ist, von denjenigen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers oder kurz nachher in der Wohnung des letzteren sich aufhielten, auch ohne besondere Verdachtsgründe die Ableistung des Manifestations-Eids zu begehren, — und die Anwendbarkeit dieses Satzes auf den vorliegenden Fall um so weniger in Zweifel zu ziehen steht, als Verklagter Ehegatte einer der Miterben ist; — daß hiernach die Klage (auf Ableistung des Manif.-Eids) an sich als begründet erscheint“.

82) Decis. Cass. T. III dec. 71 n. 5 (pag. 269); Schüßler g. Uckermann [5673] 1823; Hergert g. Knoth [5408] 1832; Müller g. Wahl [9049] 28/1 1845.

falle, die Frage verneint [83]). Was die Praxis in Hessen betrifft, so war man in dem Fall unbedenklich der Ansicht, daß der Vater zur Ableistung dieses Eides eben so wenig als zur Rechnungsablage verbunden sey, wenn es sich nach Beendigung des über die Adventitien seines Hauskindes ihm zugestandenen Nießbrauchsrechtes handle; da er nur zur Herausgabe des Resultats seiner Verwaltung und des Bestandes des verwalteten Vermögens nach einem Verzeichnisse verpflichtet sey [84]). Abgesehen von diesem speciellen Falle, wurde und zwar in besonderer Beziehung auf den Vater die Frage im Allgemeinen in den älteren Decisionen schon erörtert. Das Ergebniß besteht darin, daß, wie dieß bereits (in der Note 83) angedeutet worden, das Verhältniß der Pietät allerdings, als eine Vermuthung begründend, hier in Betracht zu ziehen und daher eine specielle Darlegung des gegen den Vater ꝛc. streitenden Verdachts zu erfordern ist, um einen solchen Eid demselben auferlegen zu können [85]).

---

83) l. 8 §. 5 D. qui satisdare cog. (2. 8); l. 16 D. de jurejur. (12. 2); l. 7 §. 3, 4 D. de obseq. parent. (37. 15); l. 13 §. 14 D. de damn. inf. (39. 2). Glück, Com. Th. 12 S. 363 fg., woselbst über den scheinbaren Widerspruch dieser Stellen mit l. 34 §. 4 D. de jurejur. (12. 2) das Nähere sich findet.

84) Nau g. Cartheuser [8245] 8/3 1845; Pufendorf, T. I obs. 98 §. 18.

85) Decis. Cass. T. II dec. 242. In diesem Falle hatte ein Schwiegersohn in einer gegen den zur zweiten Ehe geschrittenen Schwiegervater, einen Müller, angestellten Klage behauptet, daß der letztere, ungeachtet eines errichteten Inventars, das mütterliche Vermögen seiner, in der ersten Ehe geborenen Frau nicht richtig angegeben, sondern Verschiedenes von der fahrenden Habe, wie es in einer vorgelegten, von der Großmutter seiner Frau errichteten, Specification enthalten sey, zu sich genommen habe, und daher verlangt, daß der Verklagte zur eidlichen Manifestation angehalten werde. Zwar schien nun in der Eigenschaft des Verklagten, wegen der Eingehung seiner weiteren Ehe, in Verbindung mit dem Umstande, daß er zugestandenermaßen verschiedenes, zu der Mühle und dem Mühlengarten gehöriges Geräth aus dem Inventar gelassen habe, der Verdacht weiterer Verheimlichung von Sachen aus dem Vermögen des Kindes erster Ehe begründet zu seyn. Das O. A. Gericht hielt indessen den im Text erwähnten Verdacht vorliegend deshalb nicht für begründet: 1. weil das vom Verklagten errichtete Inventar so lange die Vermuthung für sich habe, bis der Kläger einen Defect dargelegt, was bis jetzt nicht geschehen sey; weil 2. jener zur Zurück-

II. Das zweite Verhältniß, für welches man, mit Bezugnahme auf analog angewandte Vorschriften des gemeinen Rechts [86]), in Hessen die Ableistung des Manifestations-Eides für begründet angenommen hat, ist das des Cridars zu seinem bisherigen Vermögen und seine Gläubiger; was denn auch auf den Banqueroutier angewendet worden ist. „Der Debitor", heißt es in der ersteren Beziehung [87]), „wird" (nach Erlassung der Edictal-Citation) „seines ganzen Vermögens ohne den geringsten Aufschub entsetzt [88]), auch

---

haltung des Mühlengeräths dadurch genügend veranlaßt worden sey, daß er wegen Abtretung der Mühle mit deren Pertinenzien mit dem Kläger im Proceß verwickelt gewesen und in den beiden ersten Instanzen zwei günstige Judicate ausgewirkt gehabt und wenn gleich er 3. in letzter Instanz zur Abtretung der Mühle mit den Pertinenzien verurtheilt worden sey, doch dieser Umstand seine mala fides zur Zeit der Errichtung des Inventars nicht begründe; dieß vielmehr nur soviel wirke, daß nunmehr der gegenwärtige Streit, soviel den Garten und das fragliche Mühlengeräth betreffe, auch dadurch gehoben und der Vater solches an den Kläger zurückzugeben gehalten, wegen der übrigen von demselben vindicirten Kleinigkeiten aber es 4. um so weniger der Mühe werth sey, einen Eid noch zuzulassen, weil ohnehin, wenn der Verklagte, wie ihm auferlegt worden, deren Eigenthum erweise, aller Verdacht einer gefährlichen Verschweigung von selbst wegfalle; überdieß auch 5. wenn man das Inventar, mit der von der Schwiegermutter verfertigten Specification, worin Kläger das Klagfundament finde, betrachte, sich nicht annehmen lasse, daß der Verklagte von der an sich nicht viel ertragenden mütterlichen Verlassenschaft noch große Dinge hinter sich haben könnte; wie denn auch diese praesumtio in contrarium 6. demselben billig, als Vater, de jure zu statten kommen müsse, und propter reverentiam ipsi debitam weit stärker für denselben militire, als daß man dem gegen denselben sehr verbitterten Schwiegersohn bei seinem über Bagatellen begehrenden eidlichen Manifestations-Gesuch so leichtlich conniviren sollte, zumal 7. die l. 22 §. 10 C. de jure delib. nur vom Recht der Creditoren, Legatare ꝛc. rede, welche allerdings bei Exigirung eines solchen juramenti manifestationis ein strengeres Recht für sich, als Kinder gegen ihren Vater zu allegiren hätten. Aus diesen Gründen wurde das Erkenntniß voriger Instanz, wodurch der Verklagte von jenem Eide absolvirt worden war, im J. 1753, bestätigt.

86) l. 6 §. 4 C. de his qui ad eccles. (1. 12).

87) Proceßordn. v. 5. Sept. 1745 §. 29 (II. 248).

88) Nach der für das G. Herzogth. Fulda erlassenen Verordn. v. 28. Dec. 1816 § 42 wird durch Erkennung des Concurses der Gemeinschuldner der Vermögens-Verwaltung entsetzt; es wird, wenn es noch nicht geschehen, ein Curator der Masse bestellt und die Inventarisation unter gerichtlicher Auctorität vorgenommen, auch der Gemeinschuldner zu der Ablage des Manifestations-Eides an-

zu dessen eydlicher Manifestation und Herausgabe eines vollständigen Inventarii und seiner liegenden und fahrenden Haabe, nichts ausgenommen, durch hinlängliche Zwangsmittel angewiesen und deren Verwaltung einem angesessenen und zu verpflichtenden Curatori aufzutragen". Nach der Fassung dieser Vorschrift ist für Hessen die wohl aufgeworfene Frage: ob, wenn nicht sämmtliche Concurs-Gläubiger, sondern nur die Mehrzahl dem Cridar die Ableistung des Manifestations-Eides erließen, die übrigen solchen zu verlangen berechtigt seyen? [89]) von geringerem Interesse, da der Richter bei jenem Schritt weniger von den speciellen Anträgen der Betheiligten abhängig erscheint. — In der andern Hinsicht wurde [90]) bestimmt: „Nach Entsetzung des Banquerottier seines Vermögens sollen alle Güter und Effecten in Beschlag genommen und einem verpflichteten Curatori bonorum anvertraut und, nach vorgängiger eydlicher Manifestation, ein ordentliches Inventar darüber errichtet werden". Es ist dieser Eid nicht zu spät aufzulegen, da sonst der Zweck vereitelt wird [91]).

Wie aber dergleichen Personen selbst dazu verpflichtet sind, so wird man auch, nach Analogie des rücksichtlich des zu I. 2. Erwähnten, von deren Hausgenossen ein Gleiches behaupten müssen, wie denn das auch in Beziehung auf den Cridar ausdrücklich anerkannt worden ist; gleichviel übrigens ob sie daneben etwa auch als Concurs-Gläubiger aufgetreten wären [92]).

---

gehalten. In Beziehung auf diese Vorschrift ist angenommen, daß vor Erkennung des Concurses die Ablage des gedachten Eides nicht gefordert werden könne, Löser g. Stadler [5044] 5/1 1839.

89) Rödiger, a. a. O. §. 3 S. 18.

90) Verordnung v. 16. May 1747 (II. 414).

91) In einem an ein Obergericht erlassenen Official-Rescripte rügte es das O. A. Gericht: „daß vom Cridare und seiner Ehefrau gegen die Vorschriften im §. 1 und 2 des erwähnten Edicts vom 16. May 1747 §. 29 der Proceßordnung vom 5. Sept. 1745 erst mehr als 4 Wochen nach seiner Insolvenz-Anzeige der Manifestations-Eid verlangt worden sey", Hotop betr. [9349] 25/4 1844.

92) Lieblein g. Lieblein'sch. Contrad. [6988] 25/4 1840, in Erw.: „daß es sich hier — lediglich von der erforderten Ableistung eines Manifestations-Eides handelt; — daß hierzu die zur Familie des Cridars gehörenden Hausgenossen verpflichtet sind und deren Obliegenheit durch den Umstand, daß sie zugleich als Concursgläubiger aufgetreten sind, keine Aenderung erleidet; — wegen Aus-

Abgesehen von solchen, in einem besondern Verhältnisse stehenden Personen, läßt sich dagegen eine allgemeine Verbindlichkeit Dritter, im Civilverfahren ohne Weiteres zu beschwören, daß sie keine zur Masse gehörigen Vermögensstücke in Händen hätten, nicht rechtfertigen und daher ist es denn jedenfalls Sache dabei betheiligter Gläubiger, weitere zur Ermittelung sonstigen Vermögens führende Thatsachen anzugeben [93]).

III. Nach den bisherigen Grundsätzen lag es nahe, die Gleichstellung des Vormunds und der sonstigen Administratoren von Verlassenschaften mit den Erben anzunehmen. Man ist indessen hier noch weiter gegangen und hat auch die Obliegenheit der Erben des Vormunds zur Leistung des Manifestations-Eides anerkannt [95]).

---

schwörung dieses Eides auch, ohne daß es, den erwähnten Personen gegenüber, der Anstellung einer besondern Klage bedarf, das Erforderliche von dem Concursgerichte alsbald verfügt werden kann;" Gesing'sch. Cur. g. G.'sche Wwe. [3712] 1854.

93) Löser g. Stadler [5044] 5/1 1839.

94) Malblank, l. cit. §. 48. — Verordn. v. 24. Jul. 1767 §. 9.

95) Es hatten nämlich in einem hier einschlagenden Falle die volljährig gewordenen Mündel wider die Erben ihres Vormunds auf Herausgabe ihres Vermögens auf den Grund eines Inventars oder einer eidlich zu bestärkenden Specification geklagt. Es wurde durch einen rechtskräftigen Bescheid in die Wahl des Verklagten gestellt, ob sie der von ihnen zu stellenden Rechnung ein Inventar oder die gedachte Specification zum Grunde legen wollten. Daneben wurde ihnen freigestellt, falls sie schon früher gerichtlich abgehörte Rechnungen besäßen, solche zu benutzen. Die Verklagten legten ein Verzeichniß der ihrem Erblasser, als Vormund, bei der Uebernahme der Vormundschaft überlieferten Immobilien vor, in Beziehung auf welches Kläger jedoch behaupteten, daß darin nicht sämmtliche, den Gegenstand der Vormundschafts-Verwaltung bildenden, Vermögensgegenstände enthalten seyen. In dritter Instanz wurde angenommen: einmal, es liege in jener Freistellung eine Modification der früher auferlegten alternativen Verbindlichkeit, so daß unter der letztgedachten Voraussetzung die Verklagten weder ein Inventar, noch eine eidlich zu bestärkende Vermögens-Specification zu überreichen brauchten; dann aber, daß die Kläger durch die den Verklagten von den Gerichten der v. Instanzen zugelassene eidliche Bestärkung um so weniger für beschwert zu halten seyen, als ihnen unbenommen bleibe, etwaige Defecte des gedachten Verzeichnisses anzugeben und im Falle solche von den Verklagten bestritten würden, zu beweisen, und hierzu auch des vorgelegten Inventars sich zu bedienen; daß aber einstweilen, nach dem von den Verklagten abgelegten Eid" (wodurch das Verzeichniß der

IV. Endlich gehört auch der zur Ermittelung von Executions-Objecten dienende Offenbarungseid hierher; dessen wird jedoch erst in dem §. 4 (S. 384) näher zu erwähnen seyn.

B. Aber auch in der andern Beziehung, nach der negativen Seite hin, bedarf die Angabe des Umfangs des Offenbarungseides einer näheren Bestimmung. Hier mußte, insbesondere auf Veranlassung der weit gehenden Grundsätze der sächsischen Praxis, der Zweifel rege werden, ob dieser Eid nicht auch in Hessen auf solche Vermögensverwalter anwendbar sey, deren Thätigkeit einerseits nur auf einzelne Vermögensobjecte sich beschränkt, und welche andererseits nur in Folge eines rein contractlichen Verhältnisses zum Geschäftsherrn zur Verwaltung sich verstanden, eine specielle Verpflichtung in der fraglichen Beziehung aber nicht übernommen haben? Zur Begründung eines solchen Bedenkens könnte man zwar sich beziehen: einmal auf eine Andeutung in den älteren Decisionen [96]), wonach es an und für sich keinem Widerspruch ausgesetzt seyn soll, „daß, so oft sich Jemand mit der Sache eines Dritten durch deren Verwahrung oder Administration abgebe, derselbe zur eidlichen Manifestation angehalten werden könne, und daß solchemnach die Erben, welche den Nachlaß des Verstorbenen an sich gezogen ꝛc." Sodann gedenkt U. F. Kopp [97]) eines Rechtsfalls aus dem vor. Jahrhundert, in welchem von der Zulassung der eidlichen Manifestation einer Erndte die Rede ist, und endlich stellt Wagner [98]) ganz allgemein den Satz auf: „Der Manifestationseid, welchem jeder unterworfen ist, der fremdes Vermögen in Besitz nimmt, oder verwaltet ꝛc." — Inzwischen haben doch diese Anhaltspunkte nur geringe Bedeutung. Der erste um deswillen, weil die in Bezug genommene Stelle nicht den Begründungssätzen der angezogenen Entscheidung, sondern nur den dabei erwogenen Rationes dubitandi entnommen ist; —

Grundstücke bestärkt worden war) „angenommen werden müsse, daß weiter nichts zur Verwaltung des Erblassers der Verklagten gelangt, als was in dem Verzeichnisse angegeben worden wäre, Hold g. Wiegand [8932] 20/4 1844.

96) Decis. Cass. T. III dec. 71 n. 5 (p. 269).

97) Handb. d. hess. Landesverf. ꝛc. Th. VI S. 430.

98) Grundzüge des Gerichtsverf. in Hessen (2. Ausg.) §. 126.

der andere nicht, weil die hier erwähnte Zulassung des Eides nur auf einer rechtskräftig gewordenen unterrichterlichen Annahme beruhet; — und der dritte endlich nicht, weil er eben ohne genügende Begründung und vom Urheber selbst, bei späterer Gelegenheit [99]), aufgegeben worden ist.

Dahingegen liegen gewichtige und nicht vereinzelte Belege für die Verneinung der aufgestellten Frage, für die Bestätigung insonderheit des Satzes also vor, daß der Manifestations-Eid in der Regel nicht von Personen, welche sich vertragsmäßig der Verwaltung eines fremden Vermögens oder einzelner Theile desselben unterzogen haben, gefordert werden könne, also nicht vom Mandatar, sonstigen Geschäftsführer, Socius rc.

Dieß vorausgeschickt, werden die in Bezug genommenen, als Belege des Gesagten dienenden, Rechtsfälle verständlich seyn.

1. Dem ersten Falle lag unter Anderem ein Auftrag zum Empfang gewisser Sachen zum Grund. — Die Wittwe H. verlangte nämlich von ihrem Schwiegersohn die Zurückzahlung eines ihm und seiner verstorbenen Ehefrau, womit er in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hatte, gegebenen Darlehns. Der Verklagte machte eine Compensations-Einrede geltend, darauf gegründet, daß seine verstorbene Ehefrau der Klägerin hinter seinem Rücken und ohne sein Wissen, öfters Geld, Wein, Branntwein rc. zugebracht und darüber zwar schriftliche Aufzeichnungen gehabt, solche aber vor ihrem Tode vernichtet habe. Er verlangte deshalb von der Klägerin die Leistung des Manifestations-Eids. Die Klägerin leugnete jene Angaben, gab aber zu, daß des Verklagten Ehefrau ihr einst eine Tracht Kleider zugeschickt, um sie zu verkaufen, und vom Erlöse zu ihrer Erquickung sich Etwas anzuschaffen, bemerkte indeß, sie habe die Kleider nicht verkauft, vielmehr könne der Verklagte solche zurück erhalten. Der Verklagte wurde mit seiner Einrede zurückgewiesen und seine Beschwerde darüber, daß über den Antrag wegen des Manif.-Eids nicht actenmäßig erkannt worden sey, hatte in zweiter und dritter Instanz dasselbe Schicksal. In der letzteren wurde in den Abstimmungen der Satz aufgestellt, daß ein solcher Mandats-Contract eine Verbindlichkeit zur Ausschwörung jenes Eides nicht begründen könne und die Zurückschiebung der Beschwerde damit motivirt: daß die Klägerin die Ehefrau des Verklagten weder beerbt, noch deren Nachlaß unter Händen gehabt, noch auch behauptet sey, daß sie von letzterem sich etwas zugeeignet habe;

---

99) in der 3. Ausg. derselben Schrift, §§. 335, 336; 348 fg.

jener Eid aber auch nicht durch den zugestandenen Empfang einiger Kleidungsstücke begründet werde, indem, nach der Klägerin Angabe, sie letztere nur mit dem Auftrage, solche zu verkaufen, empfangen habe [1]).

2. Im andern Falle handelte es sich von der Verwaltung eines ganzen Vermögens, in Beziehung auf welche nicht nur Rechnungsablage, sondern auch die Errichtung eines Inventars und eidliche Specification verlangt wurde. — Die Ehefrau L. schenkt nämlich in einer gerichtlichen Urkunde jedem ihrer 5 Geschwister 300 Rthlr., und den Kindern ihrer verstorbenen Schwester R. 200 Rthlr., welches Geschenk diese letzteren aber erst nach ihrem Tode erhalten sollen. Zugleich bestellt sie in dieser Urkunde ihres Bruders Sohn, Nikol. H., zu ihrem Geschäftsführer und Verwalter ihres ganzen Vermögens mit dem Bemerken, daß er die Verwaltung ihres übrigen Vermögens auch nach ihrem Tode haben, dasselbe völlig auszumitteln suchen und, wenn das geschehen, die Auszahlung und Vertheilung vornehmen soll. Nach dem Tode der Disponentin klagen die R.'schen Kinder gegen Nikol. H., indem sie, — unter dem Anführen, daß, nach einer Vereinbarung mit den Geschwistern ihrer Mutter, die Intestaterbfolge in das Vermögen der Disponentin, mit Umgehung deren Bestimmung über die Nachlaßvertheilung, verabredet sey, — dessen Eigenschaft als Verwalter des Vermögens und Nachlasses der Erblasserin in Bezug nehmen und ihn zu verurtheilen bitten, ihnen ein Inventar, oder doch eine eidliche Specification über das zu seinen Händen gekommene Vermögen jener vorzulegen, Rechnung zu stellen und den Nachlaß zu ihrem Sechstheil mit Früchten rc. herauszugeben. Das Untergericht erkannte auf Rechnungsablage, verwarf aber den Antrag auf Vorlegung eines zu Recht beständigen Inventars, oder einer eidlich zu bestärkenden Vermögens-Specification, weil die angestellte directe Mandatsklage nur das Verlangen der Rechnungsablage, nicht aber auch diesen letzten Antrag begründe. Auf die Appellation der Kläger sprach sich das O. A. Gericht dahin aus: daß kein Rechtsgrund dafür bestehe, daß der mit der Verwaltung eines ganzen Vermögens oder eines Inbegriffs von Gegenständen Beauftragte bei der Uebernahme derselben ein Inventar zu errichten und nach ihrer Beendigung die Ablieferung nach einem solchen oder nach einer eidlich zu bestärkenden Specification vorzunehmen habe; und daß insbesondere aus den von den Klägern in Bezug genommenen, vom Vormund und von Beneficial-Erben redenden Gesetzen keine deshalbige Verbindlichkeit für

1) Weber g. Hambach's Wittw. [7366] 1824.

den Mandatar und Geschäftsführer hergeleitet werden könne, vielmehr für diese nur die Verbindlichkeit zur Rechnungsablage bestehe, welche die Angabe der ihrer Verwaltung unterworfen gewesenen Gegenstände in sich schließe [2]).

3. Der dritte Fall bezieht sich auf die mit einer persönlichen Klage verlangte Herausgabe eines ganzen Vermögens. — Die Wittwe M. schenkte dem S., auf den Grund eines gerichtlichen Instruments, ihr ganzes Vermögen, mit Ausnahme bestimmter Gegenstände. Nach ihrem Tode klagte S. gegen deren Erben, welche in einem Besitzstreit in den Besitz der Erbschaft rechtsgiltig immittirt waren, auf Herausgabe des im Nachlasse der Schenkerin angeblich bestehenden ganzen Vermögens derselben zur Zeit der Schenkung, mit der erwähnten Ausnahme, auf Ersatz der Früchte, so wie darauf, daß diese Herausgabe nach einem von den Verklagten zu beschaffenden Inventar geschehe. Das Untergericht verurtheilte die Verklagten zur Herausgabe des fraglichen Vermögens nach einem von ihnen zu beschaffenden Inventar, wobei es zwar das Obergericht beließ; wohingegen das O. A. Gericht, auf die dahin fortgesetzte Berufung, jenes Erkenntniß dahin abänderte: daß die Verklagten einfach, d. h. ohne Erwähnung eines von ihnen zu beschaffenden Inventars, zur Herausgabe des zur Zeit der Schenkung von der Wittwe M. besessenen Vermögens an den Kläger zu verurtheilen seyen. Zur Begründung dieser Entscheidung wurde angeführt, daß es sich hier nicht um eine successio in universum jus und eine darauf gerichtete Universalklage, sondern um eine specielle persönliche Klage auf Erfüllung der Schenkung handle, zu deren Begründung zwar, streng genommen, die Angabe der einzelnen, in der Schenkung begriffenen Vermögens-Gegenstände gehöre, die aber dennoch aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit und einem bestehenden Gerichtsgebrauche gemäß, zunächst auf Herausgabe der geschenkten Gegenstände im Allgemeinen gerichtet werden könne, während einem nachfolgenden Verfahren die Ermittelung des Bestandes der Schenkung dergestalt zu überlassen sey, daß der Kläger die deshalbige Ausführung, unter specieller Angabe dieses Bestandes resp. Liquidation in diesem Verfahren, vorbehalten werde [3]).

4. Im vierten Falle war von einer auf eine gemeinschaftliche Haushaltungsführung sich beziehenden Klage die Rede. — Die M.'schen Eheleute schlugen ihrem Sohne und dessen Ehefrau ihr Lehngut gerichtlich an und verabredeten dabei, mit den

---

2) Hosbach g. Rübsam [4915] 1838.

3) Fischbach g. Schaub [6355] 1840.

Gutsübernehmern einen gemeinschaftlichen Haushalt führen zu wollen, so daß Einnahme und Ausgabe beiderseits berechnet und zu gleichen Theilen getragen werden solle. Nachdem der Vertrag später gerichtlich bestätigt war, klagten im Jahr 1838 die Gutsübergeber gegen die jungen Eheleute, indem sie behaupteten, solche hätten die Erndte, das Vieh und den Erlös dafür von der Zeit der stattgehabten Gutsüberlieferung, vom Jahr 1835 bis 1837, allein zu sich genommen, insbesondere ein Paar Ochsen verkauft und vier Schweine 2c. angezogen, auch den Erlös dafür mit ihnen zu theilen sich geweigert, — und beantragten deshalb, die Verklagten anzuhalten, über das gedachte Vermögen, namentlich die Früchte vom Gute, so wie das angezogene Vieh ein eidlich zu erhärtendes Inventar aufzunehmen und ihnen diese Gegenstände zur Hälfte mit Zinsen herauszugeben. — Das Untergericht verurtheilte die Verklagten zur Rechnungsablage über Einnahme und Ausgabe, wieß aber die Klage, soweit sie auf Manifestation und Herausgabe des klägerischen Antheils gerichtet sey, zurück. Auch in den beiden folgenden Instanzen, zu welchen Kläger ihre Zuflucht nahmen, blieb es bei dieser Zurückweisung, weil der Antrag auf Manifestation aller rechtlichen Begründung entbehre [4]).

5. Zur Charakterisirung des letzten Falles, in welchem ein Auftraggeber von seinem Mandatar die eidliche Manifestation vor der Einreichung der Rechnung, worauf jene sich bezog, verlangt hatte, ist die Bemerkung vorauszuschicken, daß es sich dabei um Auskunftsertheilung über Verhältnisse und Thatsachen handelte, welche der die Manifestation verlangende Kläger bei Eingehung des der Klage zum Grund gelegten Vertrags noch nicht wußte und wissen konnte, welche vielmehr der Verklagte erst nach Gestaltung der Umstände herbeiführen sollte. Es war also hier, — und das schien für die Annahme der Statthaftigkeit des fraglichen Eides zu sprechen, — allerdings dieser Fall von denjenigen unterschieden, in welchen ein Contrahent von dem andern Verzeichnungen über Thatsachen fordert, welche er selbst vorgenommen, oder doch gewußt hat, als er den Vertrag einging oder zu dessen Vollziehung handelte. Der Fall aber ist folgender: Ein Banquier D. zu Paris schloß im Jahr 1839 mit dem persischen Gesandten Hussein Khan daselbst einen Vertrag ab, worin er eine Waffenlieferung nach Persien unter näheren Bedingungen übernahm und ein Darlehn von 150,000 Fr. für des Gesandten persönliche Bedürfnisse zu geben versprach. D. leistete das Darlehn zum Theil und bereitete die Waffenlieferung vor, war aber zur weiteren Er-

4) Möbus g. Möbus [7188] 1842.

füllung des Vertrags, in Ermangelung der erforderlichen Mittel, nicht im Stande und nunmehr traten an seine Stelle ein: de B. zu Paris und M. zu Cassel. Unter Mitwirkung einiger zum persischen Gesandtschafts-Personal gehöriger Personen kam zwischen D. einer- und de B. und M. andrerseits ein Vertrag zu Stande, worin, rücksichtlich des gedachten, hier allein in Betracht kommenden, Darlehens bestimmt wurde, daß B. $^2/_3$, M. dagegen $^1/_3$ davon übernehmen solle. Zur beiderseitigen Deckung der beiden letzteren für den zu Gunsten des D. geleisteten Vorschuß erhielten sie Wechsel des persischen Gesandten zu 100,000 Fr. für B. und 50,000 Fr. für M. auf A. in Constantinopel. Der letztere setzte sie zwar durch Vermittelung dreier Banquier-Häuser in Berlin, Frankfurt und Cassel in Cours; sie kamen aber sämmtlich von Constantinopel zurück, indem das dasige Banquier-Haus weder Nachricht von der Wechselbeziehung, noch disponible Deckungsmittel erhalten hatte. M. mußte nun von diesen auf seinen Antheil fallenden Wechseln 30,000 Fr. an die Häuser in Berlin und Frankfurt unter Ersatz der Retourkosten, Zinsen rc. wieder einlösen; wohingegen zwar der Banquier zu Cassel wegen der Wechsel auf 20,000 Fr. mit Uebergehung des M. direct wider D. seinen Regreß nahm und dessen Verurtheilung zum Ersatz von Hauptgeld und Zinsen erwirkte; dieser Schritt hatte aber doch nur die Folge, daß nunmehr D. den M. auf deshalbige Rückerstattung belangte und seine Verurtheilung zu den 20,000 Fr. nebst Zinsen und Kosten an D. veranlaßte. — Nachdem in dieser Weise die beabsichtigte Speculation Beider völlig mißglückt war, blieb nur übrig, daß B. und M. ihre Ansprüche gegen den Urheber ihrer Verluste zu verfolgen suchten. Dieser, Hussein Khan, hatte sich indessen bereits von Paris entfernt. Nur die auf dem Rücktransport begriffenen Reiseeffecten, verschiedene bei einem Pariser Banquier und einem Bevollmächtigten des Gesandten deponirten Gelder und Kostbarkeiten des Gesandten boten sich als Gegenstände dar, auf welche die Bemühungen Beider, ihre Verluste zu decken, zu richten waren. Zur Vermeidung von Collisionen in ihrer Rechtsverfolgung und um desto sicherer ihr gleichartiges beiderseitiges Interesse zu wahren, schlossen M. und B. im Jahr 1841 einen Vertrag dahin ab, daß der in Paris wohnende B. diese zwiefachen Gläubigerrechte allein verfolgen solle, weshalb der in Cassel wohnende und den Verhältnissen fern stehende M. jenen ermächtigte, auch in seinem Namen alle, sey es in Paris, Constantinopel oder sonst sich eröffnende Chançen zu benutzen, mit der übernommenen Verpflichtung, das Ergebniß seiner deshalbigen Wirksamkeit hiernächst, unter Rechnungsstellung über Einnahme und Ausgabe, pro rata mit ihm zu theilen. — Gestützt auf diesen Vertrag klagte nun M.

im Jahr 1854 wider B. in Cassel, woselbst er zur Begründung des Gerichtsstandes gegen den Verklagten Arrest erwirkte, auf Rechnungsstellung und Herauszahlung des Rechnungs-Ergebnisses, indem er zur Charakterisirung seines Interesses anführte, daß der Verklagte in Folge der Beschlagnahme der, wie erwähnt, hinterlegten Gelder die in Rechnung zu bringende Summe von 30,000 Fr., ferner, nach erfolgter Beschlagnahme der deponirten Kostbarkeiten des Gesandten aus dem Erlöse, ebenwohl eine Summe dieses Betrags und endlich für die gleichfalls mit Arrest belegten Reiseeffecten des gedachten Schuldners einen Erlös von mindestens 58,000 Fr. eingenommen, danach an Hauptgeldern und zu gewährenden Zinsen eine Gesammtsumme von 150,000 Fr. in Rechnung zu bringen und in einem näher angegebenen Antheile ihm zu erstatten habe, womit dann der Kläger weiter den Antrag verband, daß die Rechnung unter Umständen eidlich zu erhärten sey.

Nachdem die Verhandlungen geschlossen waren, erfolgte ein Bescheid des Untergerichts, wodurch zwar der Verklagte zur Rechnungsstellung verurtheilt, der Antrag wegen des gedachten Eides aber verworfen wurde. Das Obergericht wieß indeß, in Folge der dahin erhobenen Appellation, die Klage selbst zurück.

Dieses Erkenntniß veranlaßte den Kläger zur Beschwerde, deren erste Richtung die Aufrechthaltung jener Klage, die andere jenen Eid zum Gegenstand hatte. Die Ausführung in dieser letztern Hinsicht ging dahin, daß die Verbindlichkeit zur Manifestation, welcher der Besitzer und Verwalter einer fremden Erbschaft, in Verbindung mit der Verpflichtung zur Rechnungsablage, habe, in allen Verhältnissen, in denen die letzterwähnte Verpflichtung vorkomme, Platz greifen müsse, daß wenigstens, sobald sich in Erfüllung der Verbindlichkeit, Rechnung abzulegen irgend ein arglistiges Zurückhalten des Verpflichteten ergebe, die Auflage jenes Eides unter dem Gesichtspuncte des Calumnien-Eides verlangt werden könne und daß deshalb, wenn nicht schon jetzt die desfallsige Verurtheilung des Gegners, doch im äußersten Falle nicht die Zurückweisung der betreffenden Anträge als unbegründet, sondern nur eine vorläufige Verwerfung als in dem gegenwärtigen Proceßabschnitt unstatthaft und die Verweisung derselben in die Executions-Instanz habe ausgesprochen werden müssen. Mit der hierauf sich beziehenden Ausführung wurde sodann die oben gedachte Klagbitte dahin erläutert: daß dem Verklagten zunächst die selbstständige Bescheinigung der objectiven Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Rechnungsablage durch Beibringung von Belegen frei stehe und nur, wenn diese unterbleiben würde, die eidliche Manifestation einzutreten habe.

Das O. A. Gericht verwarf den Antrag auf eidliche Manifestation nur wie angebracht,

in Erw.: „daß — zur zweiten, vom Kläger in der vorigen Instanz geltend gemachten und beziehungsweise in dieser Instanz weiter ausgeführten Beschwerde die Verbindlichkeit des Beklagten zu einer, die Richtigkeit seiner demnächstigen Rechnungs-Angaben verbürgenden eidlichen Manifestation zwar nicht schon durch die Natur des hier in Betracht kommenden, die Besorgung fremder Geschäfte vermöge Auftrags betreffenden Rechtsverhältnisses ausgeschlossen ist, insoweit daher die erfolgte Zurückweisung des bezüglichen klägerischen Antrags als ungegründet der Rechtfertigung entbehrt;

letzterer jedoch als dermalen unbegründet sich darstellt;

da der Kläger einen genügenden Verdacht, daß Verklagter durch unrichtige Angabe oder durch Hinterhaltung des wahren Sachverhalts einer gewissenhaften Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu offener und redlicher Angabe des Erfolgs seiner Geschäftsführung ausweiche, wider denselben nicht dargelegt hat;

und nach dem ganzen Charakter des Manifestations-Eides, wie solcher in der kurhessischen Praxis, den bisherigen Anwendungsfällen zufolge, sich ausgebildet hat, nur hierin eine ausreichende Grundlage für die auf eidliche Bestärkung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Rechnungs-Angaben des Beklagten gerichtete Anforderung des Klägers erblickt werden konnte;

übrigens aber dem Kläger unbenommen bleibt, noch nach demnächst erfolgter Rechnungsstellung den gedachten Antrag mit der geeigneten Begründung zu wiederholen" [5]).

C. Zur hinlänglichen Begegnung einer etwaigen Unterstellung, als ob in den bisher entwickelten Grundsätzen, wie sie vom höchsten Gerichte in Hessen, im Rückblick auf die reichen Erfahrungen eines vielbewegten Rechtslebens, und im Hinblick auf das im letzteren sich kundgegebende Bedürfniß, anerkannt worden sind, die Form und der Guß des in Rede stehenden Rechtsmittels habe für vollendet erachtet werden sollen, dient schon die Fassung des schließlichen Entscheidungsgrunds, wonach, mit Beziehung auf den dritten Entscheidungsgrund, die Statthaftigkeit der Beantragung des Manifestations-Eides nur einerseits von der erfolgten Rechnungsstellung, andererseits von der Begründung eines hinlänglichen Verdachts, sonach keineswegs allein von dem Umstande, daß es sich im untergebenen

---

5) Moldenhauer g. de Breuilly [4555] O. A. G. Besch. v. 24/10 1857.

Falle von dem Verhältnisse des Mandatars handelte, die Zulassung des fraglichen Eides abhängig gemacht wurde. Jene Begründung des Verdachts erfordert schon die Natur des Vertrags-Verhältnisses, bei welchem Treue und Glauben vorauszusetzen ist, weshalb im fraglichen Falle dem Mandatar nicht ohne Weiteres jener Eid angefordert werden darf. Unter solcher Voraussetzung wird also in dem Falle einer Verwaltung fremden Vermögens, der Geschäftsherr, wenn ihm nähere Kenntniß der Einzelnheiten der Verwaltung abgehen, dem nicht gewissenhaften Geschäftsführer gegenüber, sich in den Stand zu setzen haben, die ungenau aufgestellte Rechnung durch Geltendmachung der einzelnen speciellen Mängel zu berichtigen.

III. Rechtliche Natur desselben.

§. 4.

1. Als modificirter Reinigungs-Eid.

Es entsteht nunmehr die Frage: welche rechtliche Natur dem in Rede stehenden Eide beizulegen sey? Zunächst ist hier die Eigenschaft desselben als eines subsidiarischen hervorzuheben, zufolge deren er mithin nach dem Ausdrucke des im §. 1 in Bezug genommenen Gesetzes nur alsdann angewendet wird, »si aliae probationes defecerint«, woraus denn folgt, daß der als Schwurpflichtiger in Anspruch Genommene durch sonstige Beweismittel über die Richtigkeit und Vollständigkeit des von ihm Aufgezeichneten von der Eidesleistung sich zu befreien im Stande ist.

Daß sodann in Beziehung auf diesen Eid nicht von einer Delation, im specifischen Sinne dieses Ausdrucks, die Rede seyn könne, geht schon aus dem, später näher zu erwähnenden, Umstande hervor, daß nach der Leistung des Manifestations-Eids der Defectenbeweis zugelassen und dabei die Eideszuschiebung nicht ausgeschlossen wird, und daß hiernach, wenn der Manifestations-Eid ein deferirter wäre, solcher bei der Vergleichs-Natur des deferirten Eids, in rechtlich unvereinbarer Weise mit jenem neben einander bestände. Wetzell[6]) hat indeß bereits darauf hingewiesen, daß

6) System d. ordentl. Civilproc., S. 182.

in der Glosse zu verschiedenen hier einschlagenden Stellen derselbe als ein „ad purgationem sui“ dem Erben angemutheter bezeichnet wird. Wie das in der früher zum Oefteren in Bezug genommenen Glosse „exacto“ zu der allein über den nothwendigen Eid handelnden Pandecten-Stelle [7]) der Fall ist, indem hier eine Ausnahme von der Entbindung des Verklagten von der Klage in Ermangelung des dem Kläger obliegenden Beweises in dem Falle gestattet wird, wenn, wie namentlich in der in Rede stehenden Stelle [8]), das Gesetz dem Verklagten den Eid ad purgationem sui deferirt; so wird weiter zur bereits im vorigen Paragraphen in Bezug genommenen l. 6 §. 4 C. de his qui ad eccles. confug. (1. 2) in der Glosse „Conscientia“ gesagt: „Nota quem se debere per sacramentum purgare: — l. fin. ff. de jur. delib. —; mit dem Zusatz: „et ex his legibus sacramentum delatum referri non potest“. Ferner zur l. 22 C. de jure delib. (6. 30) in der Glosse „Illius“ sc. heredis: „de sua ergo conscientia satisfacere tenetur“, und endlich zur l. 2 §. 1 C. quando et quib. quarta pars deb. (10. 34) in der Glosse „Jurata fide“: „sic supra proximi §. et est arg. quod uxor juramento patefacit bona heredibus. Item vasalli feuda“. sic. supra de his qui ad eccl. confug. l. praesenti (6) §. sicubi (4).“

Daß diesem Eide auch in seiner Ausbildung nach sächsischem Rechte die Natur eines Reinigungseides, freilich im Sinne nicht des älteren germanischen, sondern des canonischen Rechts beiwohnte, darüber waren auch die sächsischen Juristen, wie Carpzov [9]), und andere, wie Movius [10]) rc. nicht im Zweifel.

Da indessen, wie später erwähnt werden wird, in der Praxis

---

7) l. 31 D. de jurejur. (12. 2).

8) l. ult. C. de jure delib. (6. 30).

9) Carpzov, process. tit. XII art. V §. 2 n. 11: „In effectu enim juramentum illud“ (pro manifestandis rebus) „nihil aliud est, quam jusjurandum purgationis, quo jussus jurare se liberat ab omni sinistra suspicione, se nihil in hereditate aliave rerum universitate ulterius reperisse, quam quod in specificatione exhibita consignaverit —.“

10) l. cit. cap. 1 §. 10: „— jusjurandum hoc admodum simile est juramento purgatorio, quo specificans nihil de rebus indicandis suppressisse aut celasse se, jurato obtinet.“

auch nach ausgeschworenem Eide ein Defectenbeweis nachgelassen wurde, so änderte sich hiernach allerdings die ursprüngliche Natur jenes Eides und er wird daher mit Recht von neueren Juristen als ein selbstständiger Eid bezeichnet.

§. 5.

2. Als Haupt-Eid.

Auch nach einer andern processualischen Seite hin, in Beziehung auf die Anfechtbarkeit des betreffenden Bescheids, wird in Hessen die rechtliche Bedeutung des in Rede stehenden Eides bezeichnet, je nachdem er nämlich als Haupteid, oder Nebeneid in Betracht kommt. Während unter dem erstern nur der Eid verstanden wird, dessen Ausschwörung oder Verweigerung eine endliche Entscheidung des eingeleiteten Processes zur Folge hat, oder haben kann [11]), redet man, im Gegensatz hierzu, von den Nebeneiden [12]). Der Manifestations-Eid kann in der einen, wie in der andern Eigenschaft vorkommen; je nachdem er jene, als charakteristisches Merkmal bezeichnete, Wirkung, der Lage des Processes nach, hat, oder nicht.

In der Eigenschaft als Haupteid kommt derselbe alsdann vor, wenn er als selbstständiger Gegenstand des Streits sich darstellt, wie z. B. in dem Fall, wo, nachdem mit einer Klage auf Erbtheilung der Antrag verbunden war, den Verklagten anzuhalten, die Theilung des Nachlasses nach einem eidlich zu bestärkenden Inventar vorzunehmen, gerichtsseitig der Manifestations-Eid auferlegt wurde [13]). Wenn dagegen dieser Eid nur in der zweiten Eigenschaft, z. B. nur als Incidentpunkt in einem bereits anhängigen Rechtsstreite in Erbschaftssachen in Betracht kommt, so hängt alsdann von dessen Ausschwörung der Ausgang des ganzen Processes nicht ab, derselbe bezweckt hier

---

11) Gesetz v. 16. Sept. 1834 § 34. N. Samml. O.A.G. Entsch. Th. I S. 81.

12) N. Samml. a. a. O. S. 100.

13) Seidt g. Kolbe, 1839.

vielmehr nur die Beseitigung des Verdachts der Verheimlichung, einer Chicane und erscheint daher nicht als ein Hauptеid [14]). Daher wurde er in einem andern Erbtheilungs-Processe aus dem Grund, weil seine Ausschwörung wegen der Zulässigkeit des Defectenbeweises ein Enderkenntniß nicht zur Folge haben konnte, nur als Nebeneid, der deshalbige Bescheid sonach nicht als ein anfechtbarer betrachtet [14 a]); und die Entscheidung eines selbstständigen Streitgegenstandes, als Grund der Appellabilität des den Manifestations-Eid auflegenden Bescheids [15]), auch in dem Fall nicht angenommen, wo derselbe nur die Beseitigung des Verdachts einer unvollständigen Angabe des Nachlasses bezweckte und von seiner Ableistung oder Verweigerung der Ausgang des in der Liquidations-Instanz anhängigen Verfahrens nicht unmittelbar abhängig war [16]).

Hier kommt nun aber namentlich die Anwendung dieses Eids in dem Fall in Betracht, wenn er, wie in der Praxis angenommen worden, als eine außerordentliche Maaßregel im Executions-Verfahren angewendet wird [17]). Als Voraussetzung hat man bei den hessischen Gerichten erfordert, daß derselbe, um zum Zwecke der Ermittelung von Executions-Gegenständen zu dienen, einer solchen rechtfertigenden, besondern Begründung bedürfe und daß diese darin bestehe, daß keine Vollziehungs-Objecte auf dem gewöhnlichen Wege sich haben auffinden lassen und daß der Schuldner der Verheimlichung von Gegenständen dieser Art verdächtig erscheint [18]). Dabei entsteht dann wiederum die Frage: ob ein solcher

---

14) v. Hundelshausen g. v. H. [3103] 1836. Figge g. Löber [598] 5/2 1848. Hess. Annalen, Th. II S. 431.

14 a) Herber g. Müller [9429] 1845; Figge g. Löber [598] 5/2 1848.

15) nach dem Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 34 fg.

16) Heinmüller g. Kornrumpf [2136] 30/1 1850.

17) Langsdorf, de juram. manifest. creditor. comp. (Gies. 1784); Malblank, l. c. §. 48; Zu Rhein, Zeitschr. I, S. 178; Linde, Civilproc. §. 374 Not. 7.

18) Elias g. Siebert [8425] O. A. G. Decr. 26/11 1842. In diesem Falle wurde, unter Bezugnahme auf den im Text erwähnten Satz, der Antrag des Klägers, dem Verklagten jenen Eid aufzulegen, deshalb zurückgewiesen, weil er selbst noch andere Executions-Objecte bezeichnet hatte, die weitere Verfolgung derselben aber noch nicht erledigt war; weil ferner die Nachweisung fehlte, daß nicht noch sonstige Executions-Objecte beim Verklagten zu finden seyen, dieß

Eid als ein Haupteid oder als Nebeneid zu betrachten ist? Als die in einem Executions-Verfahren gerichtsseitig angewandten Zwangsmittel fruchtlos geblieben waren, stellte der Kläger den Antrag, die Verklagte ihr gesammtes Vermögen eidlich manifestiren zu lassen. Es wurde auf diesen Eid erkannt, in dritter Instanz aber die Appellation wider den deshalbigen Bescheid zurückgewiesen, weil der gedachte Eid kein Haupteid, durch den erwähnten Bescheid aber auch ein nach Ertheilung des Endbescheids entstandener selbstständiger Streitpunkt [19]) nicht erledigt worden sey, vielmehr durch denselben der Fortgang auf dem vom Kläger eingeschlagenen Wege bezweckt, folglich auch die Executions-Instanz nicht erledigt werde [19 a]). — In einem andern Falle war die wegen schuldiger Geldleistungen versuchte Mobiliar-Execution, in Folge der Intervention Dritter, fruchtlos geblieben und vom betreibenden Theil beantragt worden, dem Verklagten und dessen Vermögens-Verwalter den Manifestations-Eid aufzulegen, welchem Verlangen in der letzteren Hinsicht entsprochen wurde. Auch hier wurde, in Folge der Appellation an die dritte Instanz, davon ausgegangen, daß der Manifestations-Eid nicht als selbstständiger Gegenstand des Streits, sondern nur als Incidentpunkt in einem bereits anhängigen Rechtsstreite sich darstelle, da der Querulant (jener Vermögens-Verwalter) nicht als selbstständige dritte Person, sondern lediglich als Mandatar

---

namentlich nicht schon daraus erhelle, daß einige bereits gepfändete Mobilien von der Ehefrau des Verklagten als ihr Eigenthum in Anspruch genommen worden seyen. Vergl. auch das Erk. in S. Markheim g. Wallach [9748] 31/5 1845; Fisc. Pr. g. Bode [2951] 7/8 1852; Hofmann g. Hofmann [3130] 1854, in Erw.: „daß, dem Gerichtsgebrauche zufolge, bei erbrachter Nachweisung, daß im gewöhnlichen Wege des Executions-Verfahrens keine Vollstreckungs-Mittel aufzufinden seyen und bei ferner bescheinigtem Verdachte der Verheimlichung zulässig ist, dem verurtheilten Schuldner den Manifest.-Eid zum Zwecke der Erforschung von Executions-Gegenständen aufzulegen; — und vom O. Gerichte mit Recht angenommen ist, daß der Anwendung dieser Regel im Gebiete der Giltigkeit der Hanauer U. G. Ordnung keinerlei gesetzliche Bestimmung entgegen stehe, dieselbe auch durch einen besondern Gerichtsgebrauch nicht ausgeschlossen werde“.

19) Nach dem alleg. §. 34 des Gesetzes v. 16. Sept. 1834 ist dieß ein weiterer Fall der Appellabilität der Erkenntnisse.

19a) Es wird hier auf den Inhalt der v. Note sich bezogen.

des Verklagten, gegen welchen die Execution eingeleitet worden, in Betracht komme, und in Beziehung auf einen, jener Eigenschaft als Haupteid entbehrenden Manifestations-Eid, eine Appellation nur etwa in den Fällen stattfinden könne, wo Jemand sich durch die, wegen Verweigerung dieses Eides, erkannten Zwangsmittel beschwert erachte [20]).

§. 6.

IV. Begründung des Antrags.

Nach der oben (S. 349) erwähnten Stelle des Codex sollen die Gläubiger, Legatare ꝛc., »si majorem putaverint substantiam a defuncto relictam, quam heres in inventario conscripsit«, in Ermangelung anderer Beweise, durch den Eid des Erben die Wahrheit in Ansehung des wahren Umfangs der Erbschaft ermitteln können. Hiernach mußte also auch, wenn ein Inventar, unter Wahrung der für die Errichtung eines solchen gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten, zu Stande gekommen war, jene Personen aber nichts desto weniger dessen Unvollständigkeit behaupteten, diese nicht nur dargelegt, sondern auch wahrscheinlich gemacht werden und die Unterlassung hatte die Folge, daß es zum Eide nicht kam [21]). Dieser Lehre des römischen Rechts gegenüber wurde nun, wie erwähnt, in dem sächsischen die Zulänglichkeit des Inventars, im Gegensatz zu der an sich beweisuntüchtigen Vermögens-Verzeichnung durch den in Anspruch genommenen

---

20) Kersting z. S. Armbrust g. Schotten [6329] 1839.

21) Wie denn auch Orth in der Anmerk. ü. die, auf das römische Recht gegründete Frankf. Reform. Ordn. B. III S. 78 einen Beleg hierzu anführt: „Daher", bemerkt er, „im J. 1725 in Sachen B. entgegen S. dieser dem Beklagten von Klägerin angemuthete Manifestations-Eid durch einen Schöffenbescheid abgeschlagen und derselbe damit verschont wurde, aus der vornehmsten Bewegursache, weil solche Eidesheimschiebung mit starken Muthmaßungen und Verdacht gegen den Beklagten, als Erben, begründet werden müßte; so aber hier gänzlich mangelte und die vorgebrachten Dingen nicht anreichig wären, diesen Offenbarungs-Eid, so auf gewisse Art die Natur eines Reinigungseides hätte, und daher genugsamen Verdacht und Anzeige der angegebenen Unterschlagung erforderte, zu gestatten.

Erben, geltend gemacht. Zum Eide sollte es in Ansehung des ersten Falles nur beim Vorhandenseyn eines besonderen Verdachtsgrundes kommen, wohingegen solcher im andern unter allen Umständen erfordert wurde [22]). Die Unterscheidung, welche spätere Juristen in Beziehung auf den Manifest.-Eid machten, stimmte hiermit überein. Danach nannten sie nämlich im letzteren Fall den Eid ein »essentiale juram. manifestationis« [23]), oder, in demselben Sinne, »subsidiarium« [24]), weil er zur Annahme der Giltigkeit einer Privat-Designation wesentlich erforderlich sey; — dahingegen im ersteren »accidentale«, oder »principale« [25]), weil hier nur unter Voraussetzung näherer Verdachtsgründe von dem Eide überhaupt die Rede seyn könne.

Von diesem Unterschied konnte natürlich nur in den Ländern und nur so lange die Rede seyn, in welchen die Statthaftigkeit solcher Specificationen zulässig war. Da, wo nur ein Inventar, der einschlagenden Bestimmung des römischen Rechts gemäß, Bedeutung hatte, wurde gleichwohl die Eidesleistung erfordert, weil die Vermuthung für das Inventar doch immer nur so, wie solches vorliege, in Betracht komme, dadurch aber keineswegs die Besorgniß beseitigt sey, daß der Erbe vielleicht mehrere Gegenstände des Vermögens-Complexus noch vor Errichtung des Inventars unterschlagen oder bei Seite geschafft, oder bei Errichtung desselben verschwiegen habe; der Verdacht einer Veruntreuung wenigstens dadurch nicht beseitigt werde [26]).

---

22) Dieß ist die Ansicht, wie sie, unter Bezugnahme auf Mevius P. IV decis. 92; VI, dec. 59, vorgetragen wird von: Movius, l. c. cap. I §. 7: »Multum quippe interest an solenne inventarium juramento sit corroborandum, utpote quod per se subsistit et plenam fidem facit, an nuda designatio inventarii vicem supplere debeat, quae ex se fidem non habet, nisi juramento accedente. Illud non eget juramento, idque ideo exigi non potest, nisi justa et evidens adsit ratio. In designatione autem loco solennitatis qua inventarium constat, juramentum omnino est necessarium, sine quo non valet, et licet nihil defectuum arguatur, juramento tamen corroboranda est —.«

23) Röbiger, a. a. O. §. 2.

24) Langsdorf, l. c. §. 2.

25) Röbiger, a. a. O; Langsdorf, l. c.

26) Leyser, sp. 364 n. 6; Langsdorf, l. c. §. 27; Malblank, l. c. §. 48; Röbiger, a. a. O., S. 7.

Wie der Gerichtsgebrauch in Hessen, so erschien auch diese Ansicht mancher Rechtslehrer durch den Inhalt der in Rede stehenden gesetzlichen Vorschrift gerechtfertigt [27]).

Indessen verknüpfte namentlich Rödiger [28]) mit diesem Resultate nicht schlechthin die Folge, neben dem Inventar, die Eidesleistung zu verlangen, sondern unterschied hier wiederum mit Andern [29]) zwischen dem Falle, wo der Erbe schwören soll, und demjenigen, wo die Kinder desselben, seine Ehefrau, Dienstboten oder andere, nahe mit ihm verbundene Personen, oder auch der Cridar und dessen Angehörige den Eid leisten sollen. In jenem, dem gesetzlichen Falle, wurde dann von ihm die Angabe von Verdachtsgründen überall nicht erfordert, vielmehr das »puto majorem esse substantiam« für genügend erachtet und weiter verlangt, daß es auch bei den abwesenden Erben der Angabe solcher besonderer Gründe bedürfe und derselbe nur in dem Falle davon freizusprechen sey, wenn es als notorisch sich darstelle, oder vielleicht aus den Papieren oder sonstigen Urkunden des Erblassers oder aus dem summarischen Verhöre der Dienstboten, oder aus seinem eigenen Beweise sich ergebe, daß derselbe von dieser Erbschaft vor ihrer Delation gar nichts gewußt habe [30]). Im Gegensatz zu diesem Eide, dem s. g. juram. manifestationis absolutum, wurde dagegen in dem andern Falle, dem des juram. manif. respectivum, stets die Angabe von Verdachtsgründen verlangt. Rödiger bemerkte [31]) zur Begründung dieses Unterschieds, daß das Recht, den Manifestations-Eid zu verlangen, da es lediglich auf dem subjectiven Glauben des vermeintlich Berechtigten beruhe, zu anomal und singulär sey, um eine Ausdehnung über den Buchstaben des Gesetzes, namentlich rücksichtlich der Person des zur

---

27) Rödiger, a. a. O.: „Es bleibt daher ausgemacht, daß auch neben einem rechtsbeständigen Inventarium die Ableistung des Manifestations-Eides noch rechtsgiltig begehrt werden könne, daß gerade dieser neben dem Inventarium vorkommende Eid eben der ist, dessen das Gesetz erwähnt.“

28) a. a. O. §. 6 S. 31.

29) wie namentlich: Langsdorf, l. cit. §. 3.

30) A. M., in Beziehung auf den Fall der Abwesenheit des Erben, ist Malblank, l. cit.

31) a. a. O. §. 8, S. 31.

Eidesleistung Verpflichteten zu gestatten und nicht vielmehr, da der Erbe der Willkühr, Laune, dem dunkeln Gefühle, der Chicane der Berechtigten Preis gegeben erscheine, die Ausschwörung jenes Eides, im Fall nicht er selbst den Eid leisten solle, von der Darlegung und Bescheinigung solcher Verdachtsgründe abhängig zu machen. Als dergleichen, welche dann zwar triftig aber nicht zu stark, nicht halb beweisend, seyn dürften [32]), — da in solchem Falle die Einleitung eines strafrechtlichen Verfahrens begründet wäre, — wurden unter andern angegeben: Anwesenheit der gedachten Personen kurz vor, während, oder nach dem Tode des Erblassers, oder dem Ausbruche des Concurses, in des Erblassers oder Cridars Hause; Besitz von Nachlaßgegenständen nach dem Tode des ersteren; Vermißtwerden solcher Sachen in der Nachlassenschaft, worin sie kurz vor dem Tod des Erblassers oder dem Ausbruche des Concurses sich noch befanden; plötzliche Veränderung der Vermögens-Verhältnisse der Dienstboten oder anderer Hausgenossen und dergleichen [33]).

Gegen diese durch den genannten Schriftsteller näher entwickelte Unterscheidung des Falles, in welchem vom Erben und dem, wo von andern Personen geredet wird, ist indessen zu bemerken, daß solche insofern der Begründung entbehrt, als nicht blos in Beziehung auf jenen, sondern auch in den durch die Praxis entwickelten weiteren Anwendungsfällen nicht selten, auch ohne hinzutretende besondere Darlegung des Verdachts der Verheimlichung oder Unterschlagung, eine durch den Offenbarungseid zu beseitigende Gefährdung des Berechtigten sich herausstellt.

Eine andere neuerdings vertretene Ansicht geht davon aus, daß stets ein solcher Verdacht begründet werden müsse [34]).

---

32) Röbiger, a. a. O. §. 8, S. 38.

33) Röbiger, a. a. O. §. 7, S. 36.

34) Vergl. z. B. Heffter, System d. Civilproc. §. 265, Not. 44; Wetzell, System d. Civilproc., §. 25 S. 182: „Die Verdachtsgründe, welche anzugeben und nöthigenfalls zu bescheinigen sind, können sehr allgemeiner Natur seyn. Unter den von Justinian selbst hervorgehobenen Voraussetzungen werden sie nicht einmal ausdrücklich erwähnt; sie ergeben sich hier aber von selbst aus dem von der Errichtung des Inventars unzertrennlichen nahen Verhältnisse des Erben zu der Erbschaftsmasse und dasselbe ist und denk-

Zufolge des in Hessen bestehenden Gerichtsgebrauchs wird, ohne daß man dabei auf die Unterscheidung zwischen juram. manifest. absolutum und respectivum Gewicht gelegt hätte, eine selbstständige Verbindlichkeit zur Ableistung des Manifest.-Eides und weiter anerkannt, daß es, um sie im einzelnen Falle als vorhanden anzunehmen, neben der Darlegung eines Interesses auf Seiten des Imploranten, nur der Angabe solcher Thatsachen bedarf, aus welchen entweder

a. ein Verdacht, Nachlaß-Gegenstände an sich genommen zu haben, wider den Imploraten entspringt, oder

b. ein Verhältniß desselben erhellt, weshalb es ihm besonders erleichtert war, dergleichen Sachen sich anzueignen [35]).

Was sodann die rechtliche Natur dieses Eids und die Form, in welcher der in Rede stehende Antrag gestellt wird, betrifft, so wird

---

lich überall anzunehmen, wo der Manifestations-Eid zur Ergänzung eines zufolge gesetzlicher Verpflichtung aufzunehmenden Inventars dient. Nicht weniger wird der Cridar schon durch die Eröffnung des Concurses verdächtigt; bei der a. fam. erc. aber und der H. P. genügt die Nachweisung, daß der Verklagte sich zur Todeszeit oder kurz nachher im Sterbehause aufgehalten, oder auch nur ein einzelnes Stück des Nachlasses an sich genommen habe." — Als zweifelhaft wird man es allerdings zu betrachten haben, ob in diesem letzteren Falle, wo also der mit der H. P. Belangte bestimmt erklärt, daß er nur eine gewisse und keine andere Erbschaftssache weiter besitze, der Kläger aber, ohne Angabe besonderer, einen Verdacht der Unwahrheit rechtfertigender Gründe, das Gegentheil behauptet, nicht vielmehr der Kläger den weiteren Besitz des Verklagten auf die gewöhnliche Art nachzuweisen und ob nicht, wenn er diesen Beweis nicht führt, nur die Verurtheilung zur Herausgabe eben nur jener einzelnen Sache zu erfolgen habe, die auch bei der H. P., ihrer Natur als Universalklage ungeachtet, zulässig ist; J. H. Böhmer, de action. sect. II c. 3 §. 16 not. p.; §. 17 not. t. (c.) — In Hessen aber ist im verneinenden Sinne, auf Zulassung also des Manifest.-Eids, in einem solchen Falle erkannt worden; v. Hundelshausen g. v. Hundelshausen [3306] 1835; Kaufmann g. Nußbaum [1198] 15/7 1848, wonach theilweiser Besitz des Nachlasses für genügend erachtet ist.

35) Hein g. Heinsch. Benefic. Erb. [7942] 18/3 1843, in Erw.: „daß nach der Bestimmung in der const. 22 §. 10 C. de jur. delib., der Auslegung gemäß, für welche der hiesige Gerichtsgebrauch sich entschieden hat, der Beneficiar-Erbe, wenn er gleich ein förmliches Inventar errichtete, doch den Gläubigern und Legatarien dazu verpflichtet ist, auf ihr Verlangen und zwar

jene der Regel nach die einer selbstständigen Klage seyn[36]); hier entscheiden alsdann lediglich die bisher deshalb angedeuteten Grundsätze. Das deshalbige Verlangen kann aber auch in Verbindung mit einer wider den Imploraten erhobenen weiteren Klage vorgebracht werden und in diesem Falle, wo also z. B. bei der Erbschaftsklage die Leistung des Manifestations-Eid als Mittel zum Zwecke der Feststellung der Erbschaftsgröße begehrt wird, hängt die Verbindlichkeit zu einer solchen Ausschwörung von der Begründung der Klage ab[37]). Nur dieser letztere Fall tritt, der Natur der Verhältnisse entsprechend, alsdann ein, wenn es sich um Ausmittelung der Conferenden handelt[38]).

§. 7.

V. Vertheidigung des Imploraten gegen den Antrag

I. Schon aus dem Bisherigen erhellet die verschiedene Richtung, in welcher der Verklagte durch Einreden sich gegen den Antrag auf Ableistung des Manifest.-Eids zu vertheidigen suchen kann.

---

ohne daß ein Verdacht des Verschweigens von Nachlaßgegenständen besonders gegen ihn begründet zu werden braucht, den Offenbarungs-Eid über den ererbten Nachlaß abzuleisten; — daß auch eine Ausnahme von dieser Schuldigkeit vorliegend dadurch nicht begründet wird, daß alsbald nach dem Ableben des Erblassers die Nachlaßgegenstände, welche im Sterbehause sich befanden, vom Gerichte mittelst Versiegelung in Verwahrung genommen worden sind und der Erbe zum Besitz derselben nicht gelangt ist, da, nach der gedachten Gesetzstelle den Erben als solchen die Leistung des Offenbarungs-Eides obliegt und es mithin darauf, ob derselbe in einem factischen Verhältnisse zu Sachen des Nachlasses sich befunden habe, nicht ankommt." Müller g. Wahl [9049] 28/1 1845; Freidhof g. Freidhof [120] 23/12 1846; Flörsheim g. Elias [1401] 7/9 1848.

36) Ueber die Natur dieser Klage, als einer persönlichen, vergl. Rödiger, a. a. O. §. 11 (S. 49).

37) Moog g. Ludwig [3628] 1836.

38) Müller g. Wahl [210] 8/11 1845, in Erw.: „daß zur Ausmittelung der Conferenden ein Manifestations-Eid jedenfalls nur in Verbindung mit einer Erbtheilungsklage würde verlangt werden können, in der Beschwerdenschrift aber nicht angeführt worden ist, daß eine solche Klage gegen die Appellatin angestellt worden sey ꝛc."

Es ist indessen erkannt worden, daß so wenig nur theilweiser Besitz des Nachlasses [39]), als nur mittelbare Erlangung desselben [40]), als auch der Umstand dem Antragsteller, z. B. dem Erben, das Recht die Leistung des Eides zu verlangen entzieht, daß immittelst die gerichtliche Inventar-Aufnahme erfolgt wäre; indem dadurch, daß jener auf der eidlichen Bestärkung des Inventars besteht, die deshalbige Verbindlichkeit des Imploraten nicht beseitigt wird [41]). Auch die Mitanwesenheit des die Manifestation Verlangenden im Sterbehause und die angebliche Bekanntschaft mit der Nachlassenschaft, z. B. dem väterlichen Vermögen, begründet nicht den Verlust des Rechts die Ableistung des Eides zu verlangen [42]).

II. Leugnet der Implorat die Thatsache, daß er den Nachlaß zu sich genommen habe, so kann das nicht zu einer besondern Beweisauflage führen, weil die Ableistung des Manifest.-Eides, wozu die nicht bestrittene Anwesenheit kurz vor, bei und nach dem Tode des Erblassers im Sterbehause an sich schon verpflichtet, das deshalb Erforderliche in Gewißheit zu setzen geeignet ist. Insbesondere begründet, bei anerkannten Miterbrecht des Imploranten, ungeachtet dessen Beschränkung, z. B. auf Immobilien und Capital-Ausstände, dessen Berechtigung auf Kenntnißnahme vom ganzen Nachlasse, vorausgesetzt, daß sein deshalbiges Interesse, welches in dem erwähnten Beispiele ohnehin schon wegen der auf die Immobilien und Capitalien sich beziehenden Urkunden und wegen etwa erhobener Einkünfte davon anzunehmen wäre, festgestellt erscheint [43]).

III. Verweigert der Implorat die Leistung des Manifestations-Eids [44]) ohne erhebliche Ursache [45]), so kommt es ent-

---

39) Kaufmann g. Nußbaum [1198] 15/7 1848.

40) Katzenbach g. Meierhof [529] 27/11 1847.

41) Karges g. Karges, O. A. G. Decr. 21/11 1829. Insonderheit läßt sich Gegentheiliges nicht ableiten aus: Decis. Cass. T. I dec. 16; II. 242, 317.

42) Freidhof g. Freidhof [120] 23/12 1846.

43) Lauer g. Cloos [2863] 15/5 1852.

44) Vergl.: Schneider, Lehre v. Beweise (2. Ausg.) §. 415.

45) Eine solche liegt vor, wenn die Erfordernisse der eidlichen Manifestation mangeln, also auch, wenn der Kläger sein Interesse nicht darlegt, oder eine specielle Disposition des Berechtigten oder des Gesetzes von der Verpflichtung zu solchem Ende befreien, v. Wendt, a. a. O.

weder zur Anwendung angemessener Zwangsmittel, Strafen &c.[46]); oder auch, im sonst geeigneten Falle, zur Ableistung des **Schätzungseides** von Seiten des Imploranten[47]).

IV. Die weitere Frage: ob der Implorat von der Ausschwörung des **Calumnien-Eides** Seitens des Antragstellers diejenige des Manifestations-Eides abhängig machen könne? führt auf die rechtliche Natur des letzteren zurück. Diejenigen Schriftsteller, welche diesen Eid in der Bedeutung eines zugeschobenen auffassen, und, wie z. B. Rödiger[48]), annehmen, „daß derselbe mit dem gewöhnlichen Schiedeide so ziemlich identisch sey", mußten geneigt seyn die Frage zu bejahen, oder doch deren Verneinung auf den Fall zu beschränken, wo der Antragsteller einen triftigen Verdachtsgrund nicht blos angegeben, sondern auch bescheinigt hatte; indessen wird man doch schlechthin den Eid wegen Gefährde ausschließen müssen. Derselbe findet gemeinrechtlich alsdann Statt, wenn der Verdacht einer Calumnie, oder eines chicaneusen Streites wider den Gegner vorliegt[49]). Davon kann aber in einem Falle, in welchem durch das **Gesetz**[50]) und durch den, dessen Anwendung vermittelnden **Richter** ein Eid auferlegt wird, nicht die Rede seyn[51]). Der letztere prüft nach Lage der Sache, ob dieselbe zu einer solchen Auflage sich eigene und zwar, wenn auch veranlaßt durch den Antragsteller, doch unabhängig von demselben und es läßt sich, nach Maßgabe der im vorigen Paragraphen angegebenen Voraussetzungen der Begründetheit eines deshalbigen Antrags in der That kein Grund der Zulassung eines Calumnien-Eides ersehen,

---

46) **Pufendorf**, T. III obs. 124, 125; **Seyfart**, Reichsproc. B. I Cap. 15 §. 58 (S. 371). — v. Mengersen g. v Mengersen, O. A. G. Decr. 5/5 1824.

47) Auth g. Weber [3756] O. A. G. Besch. 31/3 1837.

48) a. a. O. § 6 (S. 30).

49) l. 1, 2 C. de jurejur. propt. calumn. (2. 59).

50) l. 9 §. 3 D. de divis. rer. (1. 8): »— leges sanctae sunt.«

51) l. 18 D. judicat. solvi (46. 7): »Vir bonus non arbitratur indefensam esse rem, de qua praetor judicium accipere non cogat;« l. 3 §. 1 D. quod met. c. (4. 2): »Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat; non eam, quam magistratus (recte) intulit, scilicet jure licito et jure honoris, quem sustinet.« **Mevius**, ad jus

zumal wo derselbe, wie in Hessen, nur in wenigen Fällen noch vorkommen kann [52]).

V. Eben so, wie bei der vorigen, ist denn auch bei der weiteren Frage: ob der Implorat den Manifestations-Eid zurückschieben könne? die rechtliche Natur des letzteren entscheidend. Ein vom Gesetz auferlegter Eid soll überhaupt nicht zurückgeschoben werden können [53]). Dazu kommt denn insbesondere, daß, wie bereits früher erwähnt, dieser Eid, wenn auch heutigestags mit dem Reinigungseid nicht völlig, doch in wesentlichen Beziehungen übereinstimmend, dahin also gerichtet ist, daß der Implorat weder Gegenstände unterschlagen noch verheimlicht habe. Daß aber bei diesem Eide die Relation unstatthaft ist, ergibt dessen rechtliche Natur ohne Weiteres. Endlich erhellt das gleiche Resultat auch aus dem Umstande, daß der Implorant, müßte er in der That auf die Zurückschiebung eingehen, genöthigt werden würde, über eine ihm fremde Thatsache, also nur dem Glauben nach den Eid zu leisten, wohingegen der Implorat ihn, rücksichtlich des Inventars und der Specification, der Wahrheit nach zu schwören in der Lage wäre.

VI. Wenn der Implorat im Stande sich befindet, die Wahrheit desjenigen, was ihm durch den Manifest.-Eid zu versichern obliegt, daß er also von den fraglichen Gegenständen nichts besitze, oder abhanden gebracht habe ꝛc., in anderer Weise darzuthun, so fragt es sich weiter: ob hier, ähnlich wie bei dem deferirten Eide, dem Delaten, die Befugniß zusteht, sein Gewissen mit Beweis zu vertreten? Wenn gleich manche Rechtslehrer für die Bejahung des Zweifels sich ausgesprochen haben [54]), so ist doch dagegen zu bemerken, daß dieses Mittel zunächst nur in der

---

Lubec. P. III tit. 9 art. 2 n. 29: »Hoc« (sc. juram. calumniae) »peti nequit, quando illud non a parte sed a judice vel a lege, a quibus omnis calumnia suspicio abest, defertur.«

52) Abth. II S. 287 fg.

53) c. 36 X de jurejur.; Carpzov P. I c. 14 d. 7.

54) Carpzov, l. 3 resp. 53 n. 6; Stryk, caut. juram. n. 226; Seyfart, a. a. O. Cap. 15 §. 59; Malblank, l. c. §. 48 n. VII; Rödiger a. a. O. S. 46 fg.

Lehre von der Eideszuschiebung, wie früher angedeutet worden [55]), sich ausgebildet hat und ein entscheidender Grund dafür, bei gesetzlich für nothwendig erklärten Eiden, wie der in Rede stehende, ebenwohl die Anwendung dieses Beweises zu gestatten, nicht vorliegt.

VII. Unabhängig vom Rechte des Imploranten, die Ableistung des Manifest.-Eids vom Imploraten zu verlangen, hat dieser ein gleiches Recht; eben wegen dieser Selbstständigkeit desselben kann er aber solches nur auf dem Wege einer **Widerklage** mit Wirksamkeit durchsetzen [56]).

§. 8.

VI. Auflage des Manifestations-Eides.

Ob und unter welchen Voraussetzungen die Ableistung eines Manifestations-Eides gefordert werden kann? ist Sache des richterlichen Ermessens und daher kein Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde [57]).

Nach den im Bisherigen angedeuteten Grundsätzen hat nun der Richter, nachdem die sonstige Beweisführung nach Maaßgabe des Gesetzes fruchtlos geblieben ist, die Frage zu beantworten, ob der gedachte Eid in einem vorgekommenen Falle aufzuerlegen sey, oder nicht.

Die **Formel** des Eides wird alsdann, nach Maaßgabe des in Rede stehenden Gesetzes, mit Ausschluß also namentlich der Bezugnahme auf Immobilien [58]), z. B. dahin gerichtet: daß der Schwörende Alles, was ihm erinnerlich, angegeben und nichts vorsätzlich verschwiegen habe, auch [59]), was ihm in der Folge noch

---

55) Abth. II §. 66 (S. 304).

56) Müller g. Wahl [9049] 28/1 1845.

57) Haas z. S. Grosfurth g. Schmidt [3677] 15/6 1836.

58) Abel g. Laucht [1246] 15/8 1848.

59) Wenn auch der nun folgende Satz in dem Gesetze nicht wörtlich vorgeschrieben worden ist, so liegt er doch im Sinne desselben und der Bedeutung des Eides selbst; womit sich die Bemerkung **Röbigers**, a. a. O. §. 14 (S. 63), „daß dieser Zusatz höchst willkürlich sey und zu dessen Beifügung kein Recht und zur eidlichen Bekräftigung keine Zwangsverbindlichkeit bestehe" erledigt.

etwa beifallen werde, treulich anzeigen wolle [60]). Es liegt das ganz im Sinne des schon in den älteren Decisionen angenommenen Satzes, wonach jene gesetzliche Form durch die eidliche Erhärtung des Nichtwissens in Beziehung auf den Ort, wo sich Sachen der fraglichen Art befänden, zu erweitern sey [61]).

Bei dieser Auflegung eines Manifestations-Eids bedarf es nicht des besondern Vorbehalts des Defecten-Beweises, da jener seiner Natur nach es mit sich bringt, daß seine Ausschwörung dem Defectenbeweise vorhergeht [62]).

Wenn der Eid in dem zur Einreichung des Verzeichnisses, z. B. über die Nachlaß-Gegenstände, bestimmten Termine geleistet werden soll, so wird damit die vorgängige Erklärung des Gegners auf das Verzeichniß und geeignetenfalls die Gewährung der Bitte um Anberaumung eines weitern Termins zu dem Ende nicht ausgeschlossen [63]).

§. 9.

VII. Defectenbeweis des Imploraten.

Wenn gleich nach dem Bisherigen vornämlich diejenige Seite des Manifestations-Eides hervorgetreten ist, welche ihn dem Reini-

---

60) v. Mengersen g. v. Mengersen [6235] 1824. Andere Formeln kamen vor in S. Junghenn g. Günste [6720] 29/8 1840: „Wird — der Appellatin aufgegeben, den Manifest-Eid dahin auszuschwören: wie sie von dem Nachlasse des N. (außer den im Anschlagscontracte bezeichneten Gegenständen) weder etwas besitze, noch wissentlich abhanden gebracht oder veräußert habe;" Abel g. Laucht [1246] 15/8 1848: „daß sie (Appellanten), soviel sie wissen von der Nachlassenschaft ihrer Mutter nichts an sich gebracht oder auf die Seite geschafft haben, oder habe schaffen lassen, sie auch, wenn ihnen hiernächst noch Gegenstände, welche zum mütterlichen Nachlasse gehören, beifallen sollten, dieselben getreulich angeben wollen." Aehnlich in S. Sauerbrey g. Sauerbrey [1780] 25/6 1849; Künemund g. Künemund [7616] 15/1 1842; Heine g. Heine [7942] 18/3 1843; Freidhof g Freidhof [120] 23/12 1846.

61) Decis. Cass. T. III dec. 114: »Formula juramenti manifestationis, vel deficiente inventario legali, vel aliis circumstantiis reum gravantibus, eo extendi potest, ut ille defectum scientiae, ubi hereditas reperiatur purgatorio juramento confirmet.«

62) Geidt g Kolbe [5108] O. A. G. Besch. 31/8 1839.

63) Sauerbrey g. Sauerbrey [1780] 25/6 1849.

gungseide vergleichbar macht, so hat er sich doch nicht völlig zu demselben ausgebildet; es ist also der Manifestations-Eid kein solcher Eid, von welchem es in den Rechten heißt: »quod post ejus praestationem non quaeratur, quid juratum, sed an juratum sit«; vielmehr hat man ihn in dem für die Folge der Eidesleistung sehr erheblichen Sinne zugleich als eine species juramenti calumniae aufgefaßt und ist so zur Annahme der Statthaftigkeit einer probatio in contrarium, zu dem Satze also gelangt: »Non obstante juramento manifestationis creditores singulos defectus specificationis juratae arguere possunt« [64]). Wie mithin, so nahm man an, auf der einen Seite durch Ablegung des Manifestations-Eides soviel bewirkt werden soll, die Angabe aller in das Inventar gehörigen Gegenstände zu veranlassen, so ist andererseits der Zweck des nach Ablegung des Offenbarungs-Eides stattfindenden Defecten-Beweises nur als dahin gehend anzusehen, die Existenz solcher Objecte darzulegen, welche nach jener Vermuthung in das Güterverzeichniß zu bringen gewesen seyen [65]). Dieß Verhältniß des Manifestations-Eids zu dem Defecten-Beweis tritt z. B. alsdann hervor, wenn die Erben eines Ehegatten auf Herausgabe des ehelichen Erwerbs wider den überlebenden Ehegatten klagen. Denkt man sich also den Fall, es sey auf das Resultat eines solchen auszumittelnden Erwerbs (der sowohl die Errungenschaft als Verrungenschaft in sich begreift) von dessen Erben zu der dem Erblasser zukommenden Hälfte, als Bestandtheil seines Nachlasses, geklagt, die verklagte Ehefrau auch zur Ausantwortung des gesammten Nachlasses ihres Ehemannes, mit Einschluß also eines etwaigen Erwerbs und nach Abzug eines etwaigen Verlusts, verurtheilt worden, so konnte in Folge dieser Annahme der Kläger verlangen, daß in dem von der Verklagtin aufzustellenden Inventar die etwa errungenen Vermögenstheile unter den Activen, die angeblich verrungenen unter den Passiven der Erbschaft, und zwar Beides auf den Grund einer Vergleichung des beiderseitigen, vor der Eingehung der Ehe vorhandenen gewesenen, Vermögens der Ehe-

---

64) Decis. Cass. T. I dec. 17.

65) Erede g. Erede. O. A. G. Decr. 30/4 1828. Vergl.: Schneider, Lehre v. Beweise (2. Ausg.) § 414.

gatten beziehungsweise der beiderseitigen Illaten, in dem Bestande bei der Auflösung der Ehe, aufzuführen seyen und in dieser Weise der Nachlaß festgestellt werde. Insofern hier das Inventar mangelhaft ausfiel, hätte es dann zum Manifestations-Eid kommen und wenn durch diesen jener Mangel nicht gehörig ergänzt worden wäre, der Kläger diese Ergänzung mittelst des s. g. Defecten-Beweises selbst bewirken können [66]).

In Beziehung auf diesen letzteren Beweis hat man sodann dessen Führung durch Eideszuschiebung für statthaft gehalten [67]); es rechtfertigt sich das auch, wenn man die letztere als auf den indirecten Gegenbeweis gerichtet betrachtet.

Uebrigens bleiben nach Ableistung des Manifestations-Eides dem Imploranten auch alle sonstigen Rechtszuständigkeiten, namentlich rücksichtlich einzelner Nachlaßobjecte, bei etwaiger Aneignung derselben Seitens des Imploraten, die Anstellung einer Vindication vorbehalten.

---

66) Es lag dem O. A. Gerichte zu Cassel ein Fall zur Entscheidung vor, in welchem statt des eben angedeuteten, dem Sinne der bisher erwähnten Grundsätze entsprechenden, Verfahrens, ein davon abweichendes, das darum nicht zum Ziele führte, eingeschlagen worden war, Zinn g. Zinn [4646] 19/2 1839.

67) Ausdrücklich wurde angenommen, daß dieser Satz nicht der Vorschrift des c. 2 X. de prob. (2. 19), wonach über bereits vollständig bewiesene Thatumstände der Eid nicht zugeschoben werden soll, widerstreite und daher der Defectenbeweis durch Eidesantrag über die Größe eines bei Ausschwörung des Manifest-Eides bereits angegebenen Ausstandes zugelassen; Rau g. Cartheuser [7833] 30/8 1843; Hold g. Wiegand [8932] 20/4 1844; Sauerbrey g. S. [1780] 25/6 1849, in Erw.: „daß der dem Appellaten auferlegte Beweis als ein Manifestations-Eid betrachtet werden muß, weshalb das Beweismittel der Eideszuschiebung wegen etwaiger Defecte sich noch ferner als zulässig darstellen würde."

Siebenter Abschnitt.

Der Schätzungs-Eid.

Erstes Kapitel.

Der Schätzungs-Eid im engeren Sinne.

§. 1.

I. Ueberhaupt.

Dieser Eid wurde früher allgemein dahin erklärt, es sey derselbe ein solcher, durch dessen Leistung der Kläger den Beweis des Betrags des wegen eines vom Verklagten ihm zugefügten Schadens zu leistenden Ersatzes in dem Falle zu führen befugt sey, daß dem Verklagten dabei Dolus oder grobes Verschulden treffe[68]); woneben man dann annahm, daß, wenn nur durch ein geringes Verschulden des Verklagten dem Kläger Schaden zugefügt worden, der letztere solchen auch nur auf die gewöhnliche Weise, nicht durch den in Rede stehenden Eid zu schätzen befugt sey.

Es erinnert dieser Eid in dem angegebenen Sinne zunächst an einen bereits früher (S. 1 fg.) erörterten, den Ergänzungseid. Ist nämlich der Verklagte der vom Kläger wider ihn eingeklagten Schuld geständig, gibt also z. B. nach, daß ein silbernes Gefäß bei ihm deponirt sey, oder ist dessen durch eine Urkunde überführt; er leugnet aber den vom Kläger behaupteten Werth, und dieser vermag denselben nicht darzuthun, — so wurde hier, da die Frage

68) Glück, Com. Th. 12. S. 399.

rücksichtlich der Deposition und die in Betreff des Werths des Gefäßes mit einander in Verbindung stehen, der Zweifel erhoben: ob durch einen Eid des Klägers der Werth der Schüssel bestimmt werden könne? Er wird von Ulpian bejahend gelöst [69]) und vom Papst Honorius III. allgemein vorgeschrieben, daß auch die ungewisse Größe einer verzinslichen Schuld durch den Eid solle bestimmt werden können, wenn, daß Capital und Zinsen vom Gegner geschuldet würden, gewiß [70]), sonstiger Beweis jenes Betrags zwar nicht vorhanden, jedoch nach den vorliegenden Verhältnissen ein solcher anzunehmen und Verdacht wider den Schwörenden rücksichtlich seiner Persönlichkeit nicht begründet sey. Hier liegt zwar über den Werth gar kein Beweis vor und die Ueberzeugung des Richters entsteht nur aus von sonstigem Beweis völlig unabhängigen Vermuthungen, welche sich nur etwa auf die Kenntniß des Klägers in Betreff der Schuld, das Nichtbestreiten derselben Seitens des Verklagten und die versäumte Bezeichnung der Größe jener Seitens des letzteren stützt. Der Grund, weshalb der Eid nicht dem Verklagten, sondern dem Kläger auferlegt wurde, — ähnlich wie dieß bei dem deutschrechtlichen Minderungseide der Fall war [71]), — mag auch mit in dem Umstande, daß die Schuldner in Beziehung auf ihr Verhältniß für »obliviosi« galten [72]), gelegen haben. Dieser Vorzug des Klägers vor dem Verklagten

---

69) l. 1 §. 40 D. depos. (16. 3): »— si de quantitate ponderis incertum est juranti succurratur«.

70) cap. 32 X. de jurejur. (2. 24): »Ex literis vestris accepimus, quod super causa usurarum vobis pro G. contra E. ab apostolica sede commissa, non potuit per testes, ab ipsius G. parte productos, de sortis quantitate liquere, licet de obligatione pignoris constitisset; unde expedire videtis, quod exigatur de dicenda veritate a partibus (G et E.) juramentum, cum ex fama quasi notorium praefatum E. ex quadam terra ipsius G. sibi titulo pignoris obligata, sortem et amplius percepisse. Ne igitur ex hujusmodi juramenti defectu justitia, occulta veritate, succumbat: mandamus, quatenus (si est ita) partes ad praestandum hujusmodi juramentum per censuram ecclesiasticam appellatione remota cogatis.«

71) Schilter, prax. jur. Rom. exercit. 23 §. 62.

72) Aristophanes, in nubibus, I. 6: »Si bene quid aut fideliter faciundum est, memor sum nimis; — sin ego cui debeo, obliviosus sum nimis.« (»Ἐὰν δ' ὀφείλω σχέτλιος, ἐπιλήσμων πάνυ.«)

konnte dann um so mehr als begründet erscheinen, wenn etwa der letztere anfänglich die Schuld geleugnet hatte, hinterher aber hinsichtlich ihrer Existenz überführt worden war. Inzwischen wird man doch nach den heutigestags in Ansehung der Beweisführung geltenden Grundsätzen, insbesondere nach den Voraussetzungen des Ergänzungseides, diesen letzteren nur dann aufzuerlegen sich veranlaßt finden können, wenn der Beweis bis zu einem denselben rechtfertigenden Grade erbracht worden ist [73]).

Abgesehen von diesem besonderen Falle ist nun die Regel, daß die Abschätzung des Werths eines Gegenstands, dessen Leistung unterbleibt, so wie des zu ersetzenden Interesses (litis aestimatio) im Wege der ordentlichen Beweisführung („argumentis liquidis") festgestellt werden muß [74]). Von dieser Regel soll demnach, unter gewissen Voraussetzungen eine Ausnahme in so fern stattfinden, als auch in Ermangelung schon vorliegender unvollständiger Beweise in dem im Eingange dieses Paragraphen erwähnten Falle die Eidesleistung des Beweisführers für entscheidend gehalten wird.

II. Rechtliche Bedeutung und Umfang.

§. 2.

1. Ist der Eid auf Klagen beschränkt, welche die Herausgabe oder Zurückgabe einer Sache betreffen?

Bei der Bestimmung der rechtlichen Natur dieses Eides ist weniger die bei den Rechtslehrern sich findende Meinungs-Verschiedenheit darüber, ob der Eid, wie mehrfach vertheidigt worden, ein Erfüllungseid, oder ein besonderes Beweismittel sey [75])? als vielmehr die Divergenz in Beziehung auf die Bezeichnung derjenigen Klagen, bei welchen dieser Eid vorkam, von praktischer Bedeutung gewesen. Während die im Eingang des §. 1 gegebene Bestimmung der rechtlichen Bedeutung dieses Eids im Wesentlichen

---

73) Cf. Rapp, de jurejur. supplet. ad quantit. deb. pert. (Heidelb. 1816)

74) l. 2 C. de in lit. jur. (5. 53).

75) Vergl. Glück, a. a. O. S. 399.

diejenige ist, welche in den letzten Jahrhunderten angenommen worden war und die dem Gebrauche dieses Eides ein weites Feld eröffnete, wurde in neuerer Zeit, namentlich seit v. Schröter[76]) durch näheres Eingehen auf den historischen Zusammenhang der Lehre von diesem Eide mit den Grundsätzen des römischen Processes überhaupt, der Umfang, welcher in jenem Sinne der Anwendung des jusjurandum in litem gegeben war, in wesentlichen Puncten beschränkt. Dieses bezog sich insbesondere auf den Satz, es liege diesem Institute der Gedanke zum Grunde, daß, wer sein Eigenthum durch Ungehorsam oder aus Dolus des Verklagten nicht zurückerhalten, das bereits Innegehabte also dadurch verloren habe, den Schaden, welcher ihm daraus erwachsen sey, solle selbst schätzen dürfen und daß also nur in denjenigen Fällen, in welchen dem Kläger Eigenthum wirklich entzogen worden sey, die Wiedererlangung oder Wiederherstellung (»restituere, exhibere«) und ein darauf sich beziehender Zwang und eine eidliche Selbstschätzung vorzugsweise von Wichtigkeit, — dahingegen bei der beabsichtigten Erlangung von etwas Neuem, dem Kläger noch gar nicht Zugestandenen, nur der Geldwerth und das Interesse Gegenstand des Antrags desselben seyn werde.

Zwar hatte schon seit der Glosse und bis in das 16. Jahrhundert hin dieser Satz Anerkennung gefunden. Man hatte danach unterschieden, zwischen den beiden eben angegebenen Arten von Klagen und rücksichtlich der bonae fidei actiones insbesondere angenommen, daß wenn es sich um die Herausgabe einer fremden, namentlich auf den Grund einer Obligatio zu verabfolgenden Sache handle, z. B. der Verkäufer die verkaufte Sache tradiren solle, deshalb, »cum hic cesset ratio deferendi« der Schätzungseid nicht stattfinden könne[77]). Dabei wurde dann weiter unterschieden zwischen den verschiedenen Arten von Klagen. Daß bei der strengen Fassung der formulae

76) Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Th. VII S. 357 fg. Vergl. die S. 359 daselbst weiter genannten neuern Schriftsteller.

77) Azo, Fulgosius, Duaren. in l. 5 D. de in litem jur. (12. 3); Donell. ibid. num. 4 seq.; A. Faber VI. conject. 16, 17, 15; er. 7 et 9; Setser, l. cit. cap. 5 n. 41; Bachov. ad Treutl. vol I d. 21 thes. 12 lit. A. Vergl. auch Glück, a. a. O. S. 416 Not. 32.

stricti juris keine Erhöhung oder Herabsetzung des Werths des Objects civilrechtlich zulässig, von einer eidlichen Selbstschätzung des Klägers also nicht, sondern nur von einer Taxation »quod in veritate est«, die Rede war, konnte schon deshalb nicht zweifelhaft seyn [78]; wurde aber auch darum nicht dafür geachtet, weil es sich dabei nicht von einem restituere handelte. Dahingegen wurde in Ansehung der arbitrariae actiones, nämlich solcher freien Klagen (mit Ausschluß der Condictionen und der civilen Delictsklagen), bei welchen der arbiter, wenn er sich vom Unrecht des Verklagten überzeugte, diesen zur freiwilligen Befriedigung des Klägers aufforderte und wenn diese nicht erfolgte, ihn verurtheilte [79]), — wozu gerechnet wurden: einmal die actiones in rem und diejenigen bonae fidei actiones und interdicta, welche auf eine Restitution [80]), oder Exhibition [81]) gerichtet sind, — der Schätzungseid unter der Voraussetzung zugelassen, daß der Verklagte contumacia, dolo oder culpa lata nicht restituirte oder exhibirte.

Dahin rechnete man also: die rei vindicatio [82]); die Publicana et Serviana seu hypothecaria [83]); die confessorische [84]); die negatorische [85]); — ferner: die actio ad exhibendum [86]), die

---

78) l. 5, 6 D. de in litem jur.: »In actionibus in rem et in exhibendam et in bonae fidei judiciis in litem juretur. — Alias, si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem jurari«; wo dann nur in Beziehung auf ein accessorisches Interesse ein Anderes angenommen wurde, l. 3 D. de in lit. jur; l. 2 § 8 D. de eo quod certo loco (13. 4).

79) §. 31 J. de action.

80) d. h. also auf die Rückkehr einer Sache, ihres Besitzes und ihrer Detention in den Besitz des Klägers, dessen Vermögens-Umfang durch die Vorenthaltung nicht verändert war und auch jetzt nicht wieder hergestellt werden soll, wie Beides der Zweck der Condictionen ist, l. 68 in f. D. de rei vind. (6. 1).

81) d. h. auf bloße Vorzeigung oder Darstellung einer bestimmten einzelnen Sache, die also nicht in den Besitz des andern übergehen soll.

82) l. 46, 47 D. de rei vind. (6. 1); l. 5. 8 D. de in lit. jur. (12. 3); l. ult. D. de fidejuss. (46 1).

83) l. 16 §. 3; l. 21 §. ult. D. de pignor. (20. 1).

84) l. 7 in f. D. si serv. vind. (8. 5).

85) Setser, l. c. lib. 5 cap. 5 n. 13, 14.

86) l. 3 §. 2 D. ad exhib. (10. 4); l. 2 §. 1, l. 5 pr. D. de in lit. jur. (12. 3).

actio quod metus causa [87]); die a. de dolo [88]); die a. rerum amotarum [89]); die a. Calvisiana [90]); die a. Pauliana [91]). — Eben so galt bei den actiones bonae fidei [92]) die Regel, daß, wenn es sich um Restitution einer in des Klägers Vermögen gehörigen Sache handele, wie beim Commodat, Depositum, dem Mieth- und Pachtvertrag, im Falle der actio tutelae [93]), der rei uxoriae actio etc., dasselbe eintrete [94]).

Eine durch das jusjur. in litem zu veranlassende „arbitraria aestimatio“ wurde damit nicht, sondern nur eine auf das wirkliche individuelle Interesse sich beziehende gemeint; indem dabei die im römischen Rechte bei der Condemnation vorkommenden Formeln in dieser Hinsicht unterschieden wurden, nämlich die bei den actiones mere poenales, z. B. der furti actio [95]) vorkommende auf das „quanti res est“; — die bei den rei persecutoriae actiones, aus erlaubten und unerlaubten Handlungen stattfindende, auf das „quod actoris interest“, wenn entweder, wie beim Kaufvertrag, die Herausgabe der Sache eines Andern dolo oder culpa lata verweigert wird, oder die eigene, zwar nicht dolo oder culpa lata, sondern culpa levi unterblieb [96]),

---

87) l. 14 §. 4 D. quod met. c. (4. 2).

88) l. 18 D. de dolo (4. 3). — Diese und die vorige Klage sind zwar nicht stets auf Rückkehr einer einzelnen bestimmten Sache, aber doch auf Herstellung des verminderten Vermögens gerichtet.

89) l. 8 §. 1 D. de act. rer. amot. (25. 2).

90) l. 5 D. si quid in fraud. patr. (38. 5).

91) arg. l. 8, 10 §. 20 D. quae in fraud. credit. (42. 8).

92) §. 28 J. de act.

93) l. 8 D. de in lit. jur. (12. 3).

94) l. 3 §. 2 D. commod. (13. 6); l. 15, 26 D. depos. (16. 3); l. 48 §. 1 D. loc. (19. 2); l. 25 §. 1 D. sol. matr. (24. 3).

95) l. 50 pr. D. de furt (47. 2) verb.: „rei verum pretium.“

96) l. 1 D. de act. emt. (19. 2); l. 30, 33 D. ad leg. Aquil. (9. 2); l. 21, 22, 23 D. ad leg. Aquil. (9. 2); l. 2 C. de in lit. jur. (5. 53); l. 2 §. 1 D. de in lit. jur. (12. 3). Daß in diesen in Beziehung auf die actio legis Aquiliae bald von dem „quanti res est“, bald von „usque ad modum debiti“, bald endlich von einem dieses Maaß überschreitenden Interesse die Rede ist, hängt mit der mehrfachen Natur dieser Klage, als einer „poenalis“, und „rei persecutoria“ zusammen.

und endlich die, welche auf das „quanti in litem juretur“ gerichtet wurde, aber nur dann Anwendung fand, wenn es sich von der vom Verklagten verlangten Restitution oder Exhibition eigener Sachen, die durch dolus oder culpa lata verhindert wurde, handelte [97]).

Durch die erwähnten, besonders in der neueren Zeit unternommenen Forschungen in Beziehung auf den älteren und späteren römischen Proceß wurde nun jene frühere Ansicht in solcher Weise näher begründet, daß das Resultat, wie später belegt werden wird, auch auf die Gesetzgebung in einzelnen deutschen Ländern von wesentlichem Einflusse gewesen ist. Darum muß es von Interesse erscheinen, zunächst in kurzen Zügen das Ergebniß jener Ausführung darzulegen.

In den römischen Rechtsquellen steht das jusjurandum in litem in genauer Verbindung mit dem ältern Formular-Processe. Da in diesem die Verurtheilung jederzeit auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet werden mußte, so gehörte es zum officium judicis, den in sein judicium deducirten Gegenstand, welcher nicht ohnehin eine bestimmte Geldsumme war, durch Schätzung auf eine solche zu reduciren (Schröter, a. a. O. S. 358). Unter gewissen Voraussetzungen hing es aber vom Richter ab, diese litis aestimatio dem Kläger selbst zu überlassen, wodurch dieser letztere in so weit in die Stelle des judex trat und, wie dieser beeidigt war, also seine Schätzung ebenfalls zu beschwören für verpflichtet erachtet wurde. Dieser Eid war das jusjurandum in litem, nach dessen Ableistung der judex, durch die Verurtheilung des Verklagten in die vom Kläger beschworene Summe, in sein officium zurücktrat.

Es fand dieser Eid in der Regel nur statt bei den erwähnten arbitrariis actionibus, in dem bereits erwähnten Sinne. Bei diesen auf ein restituere und exhibere gerichteten Klagen mußte dem

---

97) l. 1, 2, 5, 11, 8, 9, 10 D. de in lit. jur. (12, 3); l. 1, 4 C. de in lit. jur. (5. 53); l. 18 D. de dol. mal. (4. 3); l 3 §. 2, l. 5 §. 2 D. ad exhib. (10. 4); l. 27 §. 3, l. 68 D. de rei vindic. (6. 1); l. 25, 45 §. 10 D. de hered. pet. (5. 3); l. 16 §. 3 D. de pign. et hyp. (20. 1); l. 7 D. de adm. et per. tut. (26. 7); l. 15 § 7 D. quod vi aut cl. (43. 24); l. 1 §. 25, 26 D. depos. (16. 3).

Kläger Alles daran liegen, das ihm Entzogene wieder zu erlangen, oder wiederhergestellt zu sehen, während ihm bei Klagen auf Erlangung von etwas Neuem, nicht schon Besessenem, nach einem allgemeinen Durchschnitte, nur an dem Geldwerthe und dem Interesse gelegen seyn konnte. Daher wird der Anwendung des directen Zwangs (manus militaris) [98]) von Seiten des Judex und der Delation des jusjurandum in litem nur bei den auf ein restituere oder exhibere gerichteten arbitrariae actiones gedacht und auf diese müssen daher auch jene beiden Mittel beschränkt werden. Wenn in den Quellen zu den zuletzt genannten Klagen auch die gerechnet wird, welche auf ein „solvat" gerichtet ist [98a]), so bezieht sich doch das nicht auf jede Zahlung [99]), sondern vornämlich auf die actio de eo, quod certo loco, wobei der erwähnte Grund des directen Zwangs und des jusjur. in litem nicht eintrat. Die Bedeutung des letzteren bei den arbitrariae actiones war ein Surrogat der Befriedigung des Klägers in Natur und trat deshalb nur da ein, wo er Anspruch auf jene hatte, d. h. bei Klagen auf ein restituere und exhibere. Mit dem Gedanken, daß der Kläger, dem das widerrechtlich Entzogene nicht selbst entrichtet werde, den Werth, welchen es für ihn gehabt, selbst schätzen dürfe (a. a. O. S. 370), vereinigte sich der weitere, daß die Zulassung desselben zu dieser Selbstschätzung eine Strafe für den Ungehorsam des Verklagten sey, welcher dem Restitutions- oder Exhibitions-Befehle des judex nicht nachkam, es sey aus bloßem Ungehorsam, contumacia, oder weil er sich durch seinen dolus oder culpa lata in den Stand gesetzt habe, nicht gehorchen zu können, in welcher Beziehung das jusjur. in litem eine poena genannt wird und gegen die Erben nur wegen ihrer eigenen contumacia oder ihres eigenen dolus, nicht wegen der ihres Erblassers, gestattet ist [99a]).

Zwar kommt, nach einigen Stellen [1]), dieser Eid auch bei den bonae fidei actiones zur Anwendung; inzwischen folgt daraus

98) l. 68 D. de rei vind. (6. 1).

98a) §. 31 J. de act. (4. 6.)

99) v. Savigny, System B. V S. 133.

99a) Schröter, a. a. O. u. die das. alleg. Stellen.

1) l. 4 §. 2, l. 5 pr. D. de in lit. jur. (12. 3).

nicht, daß er bei allen Klagen dieser Art alsdann zugelassen sey, wenn der Verklagte in dolo oder culpa lata sich befinde; denn der in der vorigen Note bezeichnete Titel der Digesten läßt den Eid ohne Beschränkung auf eine gewisse Gattung von Klagen nur wegen der contumacia oder des dolus dessen, der nicht restituirt oder exhibirt, zu und während er bei den arbitrariae actiones auf jene Fälle beschränkt wird, werden neben diesen die bonae fides actiones genannt, ohne eine Andeutung darüber, daß er bei ihnen eine andere Bedeutung gehabt habe. Auch führt der in Rede stehende Digesten-Titel im Einzelnen nur solche bonae fidei judicia an, welche auf ein restituere gerichtet waren, die depositi und tutelae actio; und Ulpian bezieht [2]) das jusjur. in litem allgemein nur auf die Klagen, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur; wogegen es bei der actio depositi contraria [3]) ausdrücklich versagt wird. Endlich traten die innern Gründe, welche dasselbe bei den arbitrariae actiones veranlaßten, nur bei den auf ein restituere gerichteten bonae fidei judicia ein und nur die Formeln der letzteren, »nisi restituat« oder »exhibeat«, boten einen Anknüpfungspunct für dasselbe dar (S. 407). Die (in Note 1) bezeichneten Stellen besagen daher nur, daß es auch bonae fidei actiones gebe, wobei das jusjur. in litem stattfinde, nicht aber, daß dieß bei allen der Fall sey (a. a. O. S. 377).

Aus diesem Zusammenhange der Sache ergibt sich denn zugleich, nach der Ansicht Schröters, daß dieser Eid bei den auf ein tradere gerichteten Obligationen, z. B. bei der actio emti, keineswegs (a. a. O. S. 381) und bei den stricti juris judiciis wegen der Fassung der Formel, welche einen vorläufigen Restitutions-Befehl nicht zuließ, nur in dem Falle zugelassen worden sey, wenn der Streitgegenstand nicht mehr existirte, so daß dem judex jeder Maaßstab für seine aestimatio fehlte [4]). Dieß setzte eine culpa in der Person des Verklagten voraus, durch welche ein solcher Nothstand herbeigeführt worden war. Es war das also ein bloßer Nothbehelf zur Unterstützung der litis aestimatio des judex,

2) l. 68 D. de rei vind. (6 1).
3) l. 5 pr. D. depos. (16. 3).
4) l. 5 §. 4, l. 6 D. de in lit. jur. (12. 3).

welche hier nicht dem Kläger überlassen wurde. Der judex taxirte vielmehr selbst und ließ nur zu seiner Instruction den Gegenstand, über dessen Werth er sonst keine Gewißheit erlangen konnte, durch den Eid des Klägers, der hier nur ein Beweismittel war, schätzen (a. a. O. S. 383 fg.).

Nachdem anfänglich dieser Eid nur bei den arbitrariae actiones gegolten und erst später Anwendung auf die in factum concipirten bonae fidei actiones gefunden hatte, wurde durch die spätere Umgestaltung des römischen Processes regelmäßig nur die formelle Behandlung, nicht auf die materielle Bedeutung der verschiedenen Elemente des ältern Verfahrens verändert; und namentlich behielt das jusjurandum in litem im Wesentlichen seine alte Stellung bei. Nur in so fern trat eine Aenderung ein, als durch den Untergang des ordo judiciorum auch hier alles zum officium judicis Gehörige auf die Magistrate überging und daß, während die formelle Beziehung des Eides zu der Fassung der Formeln verschwand, das an ihrer Hand ausgebildete materielle Recht selbstständig übrig blieb. Das jusjur. in litem findet demnach bei den str. juris actiones auch im Justinianischen Rechte nur in dem beschränkten Umfange, wie früher, statt und bei den bonae fidei actiones hat sich nur das verändert, daß mit dem Wegfallen der Formeln auch hier der Unterschied der formula in jus und in factum concepta beseitigt erscheint. Die Digesten lassen daher das jusjur. in litem schlechthin bei allen auf ein restituere gerichteten bon. fidei actiones zu. Außerdem aber hat sich der vorläufige Restitutions-Befehl des judex in eine wirkliche condemnatio auf Restitution der Sache von Seiten des Magistrats verwandelt, auf welche, wenn sie nicht manu militari durchgesetzt werden konnte, eine zweite Condemnatio auf Geld erfolgte, welche, nach denselben Rücksichten, wie früher, bald durch das jusjur. in litem des Klägers, bald durch den Magistrat geschätzt wurde. Von einer Erweiterung des Eides auf andere bon. fidei actiones findet sich keine Spur und die materiellen Gründe, welche einer solchen früher entgegen gestanden hatten, bestanden um so mehr fort, als man auch hier bei allen nicht auf ein restituere gerichteten Obligationen fortwährend keinen directen Zwang kannte, obgleich die condemnatio jetzt auch bei ihnen auf ein tradere etc. gerichtet

werden konnte. Bei den arbitrariae actiones hatte sich ebenfalls der alte vorläufige Befehl des judex in eine wirkliche condemnatio, zu restituiren oder zu exhibiren, verwandelt. Sonst blieb Alles wie früher und der Eid in seiner ehemaligen Stellung.

Nach Justinianischem Rechte ist daher das jusjur in litem ein Eid, wodurch der Kläger bei den auf ein restituere oder exhibere gerichteten arbitrariae und b. f. actiones den Werth des Streitgegenstands und sein Interesse, nach Umständen blos das letztere, schätzt, wenn der zum Restituiren oder Exhibiren verurtheilte Beklagte diese Urtheile contumacia, oder weil er wegen seines dolus oder seiner culpa lata dazu nicht im Stande ist, nicht Folge leistet und ihm der Streitgegenstand nicht manu militari abgenommen werden kann, oder aus besondern Gründen nicht abgenommen worden ist; — bei str. juris actiones aber ein Eid, durch welchen der Kläger den Geldwerth des Streitobjects beschwört, wenn ihm der Verklagte durch seine mora oder sonst dolo vel culpa lata die Möglichkeit, denselben zu beweisen, entzogen hat.

Auch im heutigen Processe haben sich nur die formellen Umgebungen des Eides geändert. Die condemnatio geht jetzt immer zunächst auf den eigentlichen Streitgegenstand, auf den Geldwerth und das Interesse nur, wenn blos darauf geklagt wurde. Jetzt wird ferner der directe Zwang nicht blos bei Erkenntnissen auf ein restituere oder exhibere angewendet, sondern bei allen wenigstens versucht. Man kann also nicht sagen, es müsse, da der Eid im römischen Rechte ein Surrogat der Befriedigung des Klägers in natura gewesen, wo er auf diesen Anspruch gehabt und deshalb directer Zwang angewendet worden sey, dieses aber jetzt bei allen Klagen stattfinde, der Eid auch überall zugelassen werden, wo der Verklagte dem Kläger die Befriedigung in Natur contumacia oder sonst dolo oder culpa lata entzogen habe. In einer solchen Ausdehnung würde um deswillen ein Mißgriff liegen, weil der Anspruch des Klägers auf Befriedigung in Natur und der dafür anerkannte directe Zwang nicht die einzigen Motive des jusjur. in litem sind, und vielmehr dabei eben so sehr die eigenthümliche Natur der Klagen, ob sie nämlich str. juris, bon. fidei, oder arbitrariae actiones sind, als vorzüglich der Umstand in Betracht kommt, daß es eine bei

weitem größere Rechtsverletzung ist, dem Kläger das Seinige, mindestens das von ihm dem Verklagten Anvertraute nicht zurück-, oder herauszugeben, als ihm irgend eine neue Leistung vorzuenthalten. Diese innern Gründe, welche den Eid regelmäßig bei den str. juris actiones und den nicht auf ein restituere oder exhibere gerichteten arbitrariae actiones ausschließen, bestehen, neben den processualischen Veränderungen, auch noch jetzt. Daher müssen alle Beschränkungen, welchen der Eid im Justianischen Rechte unterworfen ist, gemeinrechtlich um so mehr beibehalten werden, als dieser Eid in dem gemeinen Rechtszustande lediglich auf den positiven Bestimmungen jenes Rechts beruht und in diesen als ein jus singulare gilt, welches um so weniger einer analogen Ausdehnung fähig ist, je drückender eine solche für den Verklagten seyn würde. Das jusjur. in litem findet daher auch heutigestags regelmäßig nur statt bei den arbitrariae und bon. fidei actiones auf ein restituere oder exhibere, wenn der Verklagte dem Urtheil, welches ihn dazu anweist, nicht nachkommt, es sey contumacia, oder weil er sonst vermöge seines dolus oder seiner culpa nicht folgen kann; im erstern Fall jedoch nur, wenn er nicht zur Restitution oder Exhibition gezwungen worden ist, z. B. wenn die möglichen Zwangsmittel fruchtlos waren, oder der Kläger, indem er auf sie verzichtet, blos das Interesse in Anspruch nimmt. Im zweiten Falle bedarf es nach dem heutigen Processe nicht einmal erst eines Erkenntnisses auf Restitution oder Exhibition, sondern der Kläger kann geradezu auf die litis aestimatio klagen, mit dem Antrage, zum jusjur. in litem zugelassen zu werden. Dagegen ist der Eid bei den str. juris actiones noch jetzt auf die römischrechtlichen Voraussetzungen beschränkt und der weitere Unterschied zwischen dieser und den bon. fidei actiones ist daher nicht eine Antiquität, zumal das jusjur. in litem eine römischrechtliche Privatstrafe ist, gegen deren fortdauernde Anwendbarkeit gerade Diejenigen streiten, welche jenen Unterschied nicht mehr gelten lassen wollen (a. a. O. S. 387—392).

Die von dem genannten Schriftsteller vertheidigte Ansicht der in solchem Sinne nur beschränkten Zulässigkeit des Schätzungseides ist denn auch von früheren und späteren Juristen [5]) für die

5) Struv., synt. exerc. XVII §. 64; Hasse, rhein. Mus. B. VI

richtige anerkannt und dieß Resultat eines eingehenden Quellen-Studiums in neuern Ausgaben verschiedener Proceß-Compendien, mehr oder minder bestimmt, der abweichenden Darstellung vorausgegangener substituirt worden [6]); wie denn auch einzelne neuere Gesetzgebungen, in Vergleichung zu früheren abweichenden Bestimmungen desselben Landes, eine ähnliche Entwickelung genommen haben [7]).

S. 27 fg.; Malblanc de jurejur. (ed. 1) §. 74 p. 202 cf. Note, (ed. 2) p. 210; Glück Com Th. 12 S. 416 fg.; Schweppe, röm. P. R. §. 204; Hänel, v Schadenersatz, §. 92 fg.; Unterholzner, Schuldverhält. B. I §. 129 (S. 257 fg.); Bayer, Vorträge, (7. Aufl.) S. 542 fg; v Savigny, a. a. O.; v. Vangerow, Leitfaden rc. B I §. 171 (S. 197 fg.); Göschen Vorles. B. III §. 397.

6) So heißt es z. B. in der 1. Ausgabe von Linde's Civilproc. (J. 1825) §. 287: „Wenn der Gegner absichtlich (dolo), oder aus grober Nachlässigkeit (culpa lata) eine schädliche Handlung vorgenommen, so soll der Beweisführer den daraus entstandenen Schaden selbst, sammt dessen Größe, nach seinem Gewissen mit Berücksichtigung der Affectionswerths beschwören dürfen." Dahingegen wird in der 6. Ausg (J 1843) §. 313 nur „in einigen Fällen, ausnahmsweise", dem Beweisführer jene Befugniß gestattet und es werden als solche Fälle die arbitrariae und bonae fidei actiones, unter bestimmter Begrenzung, mit Bezugnahme auf die Schröter'sche Abhandlung, bezeichnet (S. 392 Not. 3). Auch Heffter, System d Civilproc. §. 265 bestimmt, dem Ergebniß der letzteren entsprechend, den unzweifelhaften Fall des jusjur. in litem (S. 325 Not. 47) auf den der „Vorenthaltung eines Rechts oder einer Sache durch Arglist oder grobe Verschuldung."

7) So z. B. die Hannoversche. Während noch in der Proceßordn v. 1827 §. 106 bei Bestimmung der Anwendung dieses Eides auf die Fälle verwiesen wird, wo die Gesetze denselben verstatten, wird in der allgemeinen Proceßordn. v. 1850 §. 302 (in Uebereinstimmung mit derjenigen vom J. 1847 §. 172), der Fall der Zulässigkeit des Schätzungseids bestimmt dahin angegeben: „Wenn eine Partei aus Arglist, grobem Verschulden oder Ungehorsam gegen richterliche Befehle die Herausgabe oder Rückgabe" (exhibere, restituere in der P. O. von 1847) „einer Sache verweigert, oder sich absichtlich in die Unmöglichkeit, dieser Pflicht zu genügen, versetzt hat, so kann die Gegenpartei, behufs Nachweisung ihres Schadens und dessen Betrags, die Zulassung zur eidlichen Erhärtung ihres von ihr auf eine bestimmte Summe anzuschlagenden allgemeinen und besondern Interesses verlangen; das s. g. Affections-Interesse kommt jedoch nicht in Betracht." — Andere, in die neuere Zeit fallende, Gesetzentwürfe sind dagegen bei einer der oben (S. 399) angegebenen früheren Begriffsbestimmung sich annähernden, stehen geblieben, z. B.

Dahingegen muß man, als die unter den Rechtslehrern am meisten vertheidigte, mit der **Praxis** im Einklang stehende, Ansicht diejenige bezeichnen, welche bereits angegeben worden ist, wonach nämlich das jusjur. in litem, der Würderungseid, als bloßer Modus, das Interesse des Klägers auszumitteln, überall Statt findet, wo das Würderungsrecht begründet ist; es mag von einer Restitution, oder Exhibition, oder Tradition, oder von irgend einer Entschädigung des Klägers die Rede seyn, sofern das Entschädigungs-Quantum nur durch diesen Eid fixirt werden kann [8]). So bemerkt, gegenüber der für gesetzlich begründet anerkannten Ansicht Schröters z. B., auf den Vorgang Heffters [9]): Linde [10]), „es sey aber gewiß, daß Theorie und Praxis immer geneigt gewesen seyen, diesen Eid, dessen allmälige Ausbildung (Schröter, a. a. O. S. 385) freilich nicht dahin gerichtet gewesen, auf **alle** Fälle arglistiger und höchst schuldhafter Beschädigung auszudehnen".

Und diese Praxis entbehrt denn auch nicht der Begründung. Das Verhältniß der Abhängigkeit, in welchem die von Schröter vertheidigte Beschränkung des jusjur in litem mit dem ältern römischen Formularprocesse gestanden hat, ist nicht so außer Zweifel, daß die Annahme der Beseitigung dieser Beschränkung im neuern Rechte als schlechthin ausgeschlossen erschiene. Der Ausdruck **restituere** hat insonderheit in den Pandekten nicht stets den

---

der **Württembergsche** Proceß-Ordn.-Entw. v 1847 Art. 915: „Der Schätzungseid wird vom Richter als Erfüllungseid auferlegt, wo ein Ausspruch im Allgemeinen bewiesen, dessen Größe oder Werth aber bestritten und auf andere Art nicht zu ermitteln ist." Aehnlich drückt sich der **Höpfnersche** Entwurf einer bürg. G. O. für Teutschland v. 1843 §. 569 aus.

8) **Carpzov**, jurispr. for. P. I const. 23, def. 19; **Stryk** us. mod. l. XII tit. 3 §. 6; **Lauterbach**, coll. th pr., l. 12 tit. 3 §. 17, und Andere bezeugen eine ausdehnende Praxis in der Beziehung, daß der Schätzungseid nicht blos in denjenigen bon. fidei judiciis, welche auf ein restituere, sondern auch in denen, die auf ein tradere gerichtet sind, namentlich beim Kauf stattfinde. **Glück**, a. a. O. S. 415; **Mühlenbruch**, Pand.-R. §. 366; v. **Wening-Ingenh.** Civilr. B. III §. 17 (193); **Unterholzner**, Schuldverhältn. B. I §. 129 (S. 257); **Hänel**, a. a. O. §. 96.

9) der sich im System d. Civilpr. (J. 1843 §. 265 Not. 47) eben so ausdrückt.

10) Civilproc. (6. Aufl. 1843) §. 313 Not. 3.

oben erwähnten Sinn, sondern namentlich bei der actio emti oder venditi die Bedeutung von »solvere, praestare, tradere [11]«), so wie beim Mandat die von „abliefern [12]"). Besonders ist aber die dem jusjur. in litem zum Grunde liegende Idee, daß dadurch dem Kläger zu dem Seinigen wieder verholfen werde, auf das exhibere nicht stets anzuwenden. Eben, weil das Institut dieses Eides nach dem Untergange des Formular-Processes in die Justinianische Compilation aufgenommen wurde, muß man annehmen, daß es nicht mehr auf die engen Grenzen beschränkt ist, welche ihm eben jener Proceß steckte, daß vielmehr als ein allgemeines Merkmal seiner Anwendbarkeit gilt: daß der Verklagte entweder noch vor Erhebung der Klage den Uebergang des Streitobjects, mithin die Unmöglichkeit eines sonstigen Beweises seines Werthes, verschuldet hat, oder daß er die gegen ihn ausgesprochene Verurtheilung in hartnäckigem Ungehorsam zu befolgen verweigert, resp. durch dolus oder culpa sich selbst außer Stand gesetzt hat, sie zu befolgen, wobei indeß vorausgesetzt wird, daß der Streitgegenstand, um den Kläger deshalb zu befriedigen, einer Schätzung bedarf. Wenn gleich der Schätzungseid ein auf positiver Grundlage ruhendes Institut ist, so kommt doch zugleich in Betracht, daß es nun einmal als ein zulässiger materieller Rechtsnachtheil, — denn nur in diesem Sinne lassen sich wohl die Stellen, in welchen dieser Eid als Strafe dargestellt wird [13], verstehen, — aufgenommen worden ist. Daraus, daß derselbe vornämlich da, wo von einem restituere oder exhibere die Rede ist, vorkommt, läßt sich kein Schluß darauf machen, daß er in andern Fällen nicht stattfinde, wo durch des Verklagten Schuld dieselbe Ursache vorliegt, weshalb dem Kläger das, was ihm durch Urtheil und Recht zugesprochen worden, nicht geleistet wird, oder geleistet werden kann und sich auch dessen Werth nicht in gewöhnlicher Weise ausmitteln läßt. Nach jener gegentheiligen, den Schätzungseid beschränkenden, Ansicht wer-

---

11) l. 82 §. 1 D. de verb. oblig. (45. 1); l. 13 §. 18 D. de act. emt. (19. 1); l. 8 C. de act. emt. (4. 49).

12) l. 8 §. ult. D. mand. (17. 1). — Lauterbach, coll. th. pr. l. 12 tit. 3 §. 17.

13) l. 8 D. de in lit. jur. (12. 3); l. 60 § 1 D. ad leg. Falc. (35. 2).

den manche Leistungen aufgeführt, rücksichtlich deren der gedachte Eid auf den Grund gesetzlicher Vorschrift zulässig seyn soll, die gleichwohl nicht füglich unter das restituere sich subsumiren lassen; dahin gehört z. B. die unterlassene Aufstellung eines Inventars von Seiten des Vormunds [14]). Auch sind unter den dinglichen, — arbiträren, — Klagen, wobei der Eid stattfindet, manche, rücksichtlich deren von einer Rückkehr einer bestimmten Sache in den Besitz des Klägers nicht die Rede seyn kann, sondern in der That ein neuer Erwerb, oder ein Factum an der eigenen Sache des Verklagten in Frage ist, wie z. B. beim Legat [15]), bei der Herstellung und Instandsetzung einer dienenden Wand [16]), und wenn man die Zulassung des Eides bei der actio de dolo und quod metus causa [17]) aus dem Grunde rechtfertigen will, daß es dabei doch auf eine Herstellung des verminderten Vermögens ankomme, so stimmt dieß einestheils mit der aufgestellten Bedeutung des restituere nicht überein; anderntheils läßt sich dieß auch von jeder, in gesetzlicher Form versprochenen, Leistung, insonderheit, wenn sie eine Gegenleistung ist, sagen, indem das Object einer solchen als zum Vermögen des Berechtigten gehörig angesehen werden kann. Will man auf die rechtliche Bedeutung der arbitrariae actiones, — deren fortwährend praktische Erheblichkeit unterstellt, — zurückkommen, so ist doch auch bei dem Schätzungseide, in dem Umfang, wie ihn die genannten Schriftsteller zulassen, das arbitrium judicis nicht ausgeschlossen; vielmehr hängt es vom richterlichen Ermessen ab, den Kläger zum Schätzungseide zuzulassen oder die Schätzung durch die gewöhnlichen Beweismittel, wenn deren nach Gestalt der Sache vorhanden sind, bewirken zu lassen [18]).

Der Gebrauch des Schätzungseids mußte insbesondere in so weit, als die contumacia wider die richterliche Auflage ein Fundament für denselben darbietet, dadurch ein umfassenderes Gebiet erlangen, daß heutigestags regelmäßig die condemnatio auf die

---

14) l. 7 §. 1 D. de adm. tut. (26 7).

15) l. 60 cit.

16) l. 7 D. si serv. vindic. (8 5).

17) l. 18 pr. D. de dol. malo. (4. 3).

18) l. 4 §. 2, l. 5 §. 1 D. de in lit. jur. (12. 3).

Befriedigung in natura erfolgt und also in bei weitem größerm Umfang eine contumacia im jetzigen Gerichtsverfahren vorkommt, als solches nach römischem Rechte der Fall war, zufolge dessen nur in der Hinsicht ein Ungehorsam in den arbitrariis judiciis sich zeigte, daß der Verklagte dem vorläufig vom judex erlassenen Restitutions- oder Exhibitions-Befehl nicht nachkam.

Das hessische Ober-Appellationsgericht hat denn auch in einer Reihe von Entscheidungen derjenigen Ansicht sich zugewendet, vermöge welcher der Schätzungseid nicht in der namentlich von Schröter vertheidigten engen Begrenzung aufzufassen sey. Unter den nachfolgend zu erwähnenden Fällen befinden sich zwar mehrere, welche unter den römischrechtlichen Begriff der arbitrariae actiones fallen und wobei es auf ein restituere ankam; es ist aber dies nicht allein nicht bei allen der Fall, sondern es ist überhaupt von der Beschränkung, welcher die Zulassung des Schätzungseides nach römischem Rechte unterworfen seyn soll, bei der rechtlichen Beurtheilung überall nicht ausgegangen, sondern vielmehr davon, daß die Zulassung zu diesem Eide durch dolus, culpa lata oder contumacia einer Partei und dann auch nicht blos in subsidium stattfinde, ohne daß man noch weiter auf die Art der angestellten Klage Rücksicht genommen hätte In diesem Sinne hat demnach die hessische Praxis sich festgestellt. Was nun die einzelnen, diese letztern belegenden, Fälle betrifft, so wurde zunächst

1. in zwei Appellationssachen, in welchen vom Ersatze des Werths der durch Schuld des Verklagten gestohlenen Gegenstände die Rede war, erkannt, daß der Kläger zuvörderst die einzelnen entwendeten Gegenstände zu specificiren, deren Werth anzuschlagen und dann diesen, nach vorgängiger Moderation durch Sachverständige, zu beschwören habe [19]).

2. Als es sich sodann davon handelte, daß der Verklagte als negotiorum gestor eine Kiste mit Geld und Werthpapieren in Verwahrung genommen, dieselbe nachher an einen Dritten abgeliefert habe, und bei diesem die Kiste erbrochen und ihres Inhalts beraubt gefunden worden, in Folge dessen aber sodann gegen den ersteren auf Ersatz geklagt worden war, wurde ausgesprochen: daß die allgemeine Nachweisung einer stattgehabten Beschädigung zur Begründung eines Erkenntnisses auf den Schätzungseid nicht schon

19) Decis. Cass. T. III dec. 108, not. (p. 385).

hinreiche, sondern ein an den angegebenen bestimmten Gegenständen erlittener Schaden bewiesen seyn müsse, um alsdann dessen Größe, nach Maaßgabe des jedem derselben beizulegenden Werths, durch den gedachten Eid festzusetzen, welches letztere indessen als auf das vermißte baare Geld und auf den, dem Course unterliegenden, Werth von Obligationen überall nicht für anwendbar erklärt wurde [20]).

3. In einem Falle, in welchem es sich um den durch Einziehung der Patrimonial-Jurisdiction dem bisherigen Gerichtsherrn erwachsenen Schaden und eine deshalbige Entschädigung,— nicht um die Herstellung des Jurisdiction, — handelte, wurde erkannt: daß dieser Entschädigungs-Anspruch nicht als auf einem damnum injuria datum beruhend zu betrachten sey, da bei der unstreitigen Berechtigung der Staatsgewalt, Veränderungen der öffentlichen Verhältnisse vorzunehmen, diejenigen Vermögensverluste, welche dadurch für Einzelne herbeigeführt werden, nicht als mit Unrecht zugefügt erschienen und daß daher mittelst eines Schätzungseides der Werth derselben nicht festgestellt werden könne [21]).

4. Eben so wurde erkannt, daß, bei nicht als vorhanden anzunehmender, auf Schadensstiftung gerichteter, Absicht oder grober Fahrlässigkeit des Gegners, der Antrag auf Zulassung des Schiedseids in Beziehung auf den Werth eines entzogenen Bestandtheils der Besoldungs-Wohnung, nicht für begründet zu halten sey [22]).

5. In Folge von Erbschafts- und Erbschaftstheilungs-Klagen ist zum Oefteren in dem Falle auf den Schätzungseid erkannt worden, wo einer der streitenden Theile die Auflage, die Erbschafts-Gegenstände zu verzeichnen und resp. den Manifestations-Eid auszuschwören, unbefolgt gelassen hatte [23]).

6. Als die Feststellung des mütterlichen Vermögens einer Klägerin in Frage stand, wurde angenommen, dieselbe könne verlangen, daß der Verklagte (ihr Vater) zur Angabe der als Brautschatz empfangenen Summe angehalten werde. Bei dieser richterlichen Auflage hat man die Androhung des, wenn auch nicht als eigentliches Zwangsmittel, doch als rechtliche Folge des Ungehorsams zu betrachtenden Nachtheils, daß widrigenfalls die Klägerin zur eidlichen Erhärtung der von ihr angegebenen Summe mittelst des Würderungs-Eides werde zugelassen werden, für angemessen erachtet [24]).

---

20) Kehr g. Fisc. Pr. [1335] 1830.

21) Philippsthal. Anwalt g. Fisc. [2727] 1831.

22) Hospital Haina g. v. Boyneburgk [3832] 1839.

23) v. Mengersen g. v. M. [6235] 1824; Strieder g. Strieder [6323] 1839; Auth g. Weber [3736] 1837.

24) Emanuel g. Arnstein [1118] 1834.

7. Dem Verklagten war auferlegt worden, den Bestand eines Magazins zu einer gewissen Zeit bestimmt anzugeben, unter der Androhung, daß, im Falle der Nichtbefolgung derselben, der Kläger zum Schätzungseide zugelassen werden solle. Als die Sache zur Entscheidung in dritter Instanz gelangte, war zwar der desfallsige Bescheid bereits rechtskräftig geworden, bei der rechtlichen Erörterung der Sache wurde aber jene Androhung gebilligt, weil hier gerade ein Fall vorliege, in welchem die contumacia nicht durch Execution zu beseitigen stehe und nichts Anderes, als der gedachte Eid übrig bleibe [25]).

8. In einem weiteren Falle hatte ein auf alleinige Wirthschaftsführung in einem Orte Concessionirter auf Entschädigung geklagt, weil gegen den Inhalt seiner Concession noch einem Andern eine solche ertheilt worden war. Es kam auf Ausmittelung dieser Entschädigung an; die zu dem Ende versuchte Beweisführung durch Zeugen und Sachverständige aber hatte kein genügendes Resultat geliefert. Das Obergericht legte daher dem Kläger den Schätzungseid über den Betrag des durch die zweite Concession entstandenen Schadens und entbehrten Gewinnes auf. Als der Verklagte gegen dieses Erkenntniß appellirte, wurde in dritter Instanz ausgesprochen: „Die Behauptung des Appellanten, daß dieser Eid nur wegen Ungehorsams des Verklagten stattfinde, könne als rechtlich begründet nicht angenommen werden, auch müsse ein entgangener Gewinn, wenn die Aussicht auf einen solchen durch specielle Rechtsverhältnisse, wie im vorliegenden Falle durch die dem Appellanten zugesicherte Ausschließlichkeit des Wirthschaftsbetriebs, begründet sey, einem Schaden an bereits erworbenem Vermögen gleich geachtet werden, wie denn auch das Erbieten zum Schätzungseide nicht als blos subsidiarisches Beweismittel zu betrachten stehe [26]").

9. Es war wegen der in einem Tumulte geschehenen Beschädigung von Gebäuden gegen Theilnehmer an dem Tumult auf Schadensersatz geklagt und die durch Zeugen und Sachverständige versuchte Beweisführung mißlungen. Hier wurde bei der Abstimmung die Auferlegung des Schätzungseides von Amtswegen rücksichtlich des erlittenen Schadens an den Verletzten vertheidigt, die überwiegende Ansicht ging jedoch dahin, daß, wenn auch die Sache zur Nachlassung jenes Eides sich geeignet haben würde, doch derselbe nicht von Amtswegen auferlegt, sondern nur auf deshalbigen Antrag nachgelassen werden könne [27]).

---

25) Baumann g. Landgrebe [7149] 1825.

26) Isenburg B. g. Koch [8869] 1844.

27) Isenburg g. Müller [6164] 1823.

§. 3.

2. Verhältniß dieses Eides zu andern Eiden.

1. Während man in früherer Zeit die rechtliche Natur dieses Eides als eine von den übrigen Arten des Eides verschiedene, eigenthümliche, darzustellen gewohnt gewesen war, wurde in späterer Zeit dieselbe mit derjenigen des Ergänzungseides zu identificiren gesucht [28]. Nun ist es zwar richtig, daß zwischen beiden Eiden eine Aehnlichkeit in sofern vorliegt, daß unvollständig bei dem einen, wie beim andern bewiesen ist; der Unterschied aber liegt darin, daß beim Ergänzungseide der unvollständige Beweis auf dasselbe Factum sich bezieht, während beim Schätzungseide dieß anders sich verhält, hier vielmehr die Sache so steht, daß in Folge des Beweises einer Schadenszufügung, unter den in der Person des Verklagten begründeten Voraussetzungen, der Eid über ein anderes, nicht auf die Frage ob? sondern auf die Frage wie und in welchem Umfang? sich beziehendes Factum auferlegt wird. Dieser bereits früher (S. 399) hervorgehobene Fall des Suppletoriums ist also von demjenigen, welcher beim juram. in litem in Betracht kommt, verschieden. Er kann z. B. vorkommen, wenn die Existenz einer Schuld außer Zweifel, ungewiß aber deren Größe ist. In diesem Fall läßt man allerdings den Erfüllungseid, aber nicht unbedingt, sondern nur in dem Falle zu, wenn es einmal an andern Beweismitteln gebricht und die Quantität der Forderung, wie sie angegeben worden, den erwiesenen oder nachgege-

---

28) So bemerkte insonderheit: Tevenar, Theorie d. Beweise, S. 99: „Die Bezeichnung dieses Eids durch die Benennung juramentum in litem ist unverständlich. Eigentlich ist dieser Eid keine besondere Gattung der Eide, sondern unter den Erfüllungs-Eiden begriffen und würde schicklicher das juram. suppletorium aestimationis genannt werden können, weil solcher allezeit erwiesene Facta, daß einer widerrechtlich gehandelt und dem andern dadurch Schaden zugefügt hat, voraussetzt, der wahre Betrag der entzogenen Substanz oder des Nutzens aber, oder des zugefügten Schadens, oder das Interesse nicht genau ausgemittelt werden kann, sondern dieser Theil des Beweises von demjenigen, der den Nachtheil erlitten hat, durch den Eid ergänzt wird". Damit stimmt auch überein: Malblanc. l. cit. § 74 (p 202).

benen Umständen nach, als **wahrscheinlich** anzunehmen ist [29]). Es erhellt, daß hier in der That die Voraussetzungen des unvollständigen Beweises gerade in Beziehung auf die Größe der Schuld vorlag, jener Eid aber darum nicht bedenklich seyn, zu einer Verwechselung mit dem Schätzungseid aber auch nicht führen konnte. Ein solcher, als wirklicher Ergänzungseid, als **jusjurandum in litem suppletorium**, aufzufassender Eid war es z. B., als Demjenigen, welcher die ihm entzogenen Nutzungen eines einen Wald in sich begreifenden Gutes für vergangene Jahre gegen den Staat einklagte, zu beschwören auferlegt wurde: „daß aus dem Gute, bei forstmäßiger Bewirthschaftung, jene (näher bezeichneten) Nutzungen bezogen seyn würden und diese ihm entzogen worden wären" [30]).

2. Eben so ist denn auch der letztere **kein nothwendiger Eid** in dem Sinne, daß er, wie der Reinigungs- oder Ergänzungs-Eid rc., **unabhängig von dem Willen des Klägers** ausgeschworen werden müßte. Denn wenn gleich er allerdings in soweit als solcher sich darstellt, daß nur der Richter selbst und Niemand anders mit Wirkung ihn auflegen kann [31]), so verändert doch dieß nicht die Bedeutung eines von der Entschließung der Partei abhängigen Eides. Wider die gegentheilige Annahme streitet schon die aus den Gesetzen abzuleitende Bedeutung des Schätzungseids, als einer Begünstigung des Klägers. Für den **Verklagten** ist er zur Strafe wegen seiner in der Verzögerung der Zurückgabe der fremden Sache sich befundenden Untreue, die sich darlegt, wenn er dolo nicht restituirte, nicht schon, wenn er ohne solchen das unterließ [32]), ist sonach als eine processualische Ahndung eines etwaigen Ungehorsams gesetzlich anerkannt. Wenn es nun in den in der vorigen Note angeführten Stellen heißt, der Richter **deferire** den Eid dem Kläger, so hat das zunächst die Bedeutung: er straft den Dolus des Gegners, „quoniam" [33]) nemini facultas

---

29) So erkannte das O. A. Gericht zu Cassel in S. Böhl g. Schmidt, 1823. — **Struben** rechtl. Bed. Th. I Bed. 35 u. 78.

30) v. Allix g. Fisc. Pr. [7881] 27/4 1844.

31) l. 4 §. 1, 2, l. 5 §. 1 D. de in lit. jur.

32) vergl. z. B. l. 68 D. de rei vind. (6. 1).

33) wie **Cramer**, diss. de juram. in litem (Marb. 1736) theor. 12 p. 28) bemerkt.

hoc juramentum competere potest, quam ei, qui jus poenas subditis dictandi habet«. In diesem Sinne wurde denn auch in einem hier einschlagenden Rechtsfalle angenommen, daß im Fall einer solchen contumacia darauf, als auf einen Rechtsnachtheil, die richterliche Androhung gerichtet werden könne [34]). Für den Kläger hingegen stellt sich der Eid als ein die Grenzen der übrigen bisher erwähnten gerichtlichen Eide rücksichtlich seiner Nützlichkeit weit überschreitendes Rechtsmittel dar. Für ihn hat also das Deferiren des Eides in der angezogenen Stelle (Note 32) nur die Bedeutung, daß der Richter zu ermessen habe, ob auf diesen Eid zu erkennen sey, oder nicht, keineswegs aber die, daß solcher ohne einen deshalbigen Antrag des Klägers von Amtswegen denselben auflegen könne. Die aestimatio des streitigen Anspruchs wurde ja, wie früher angedeutet worden, als zum officium des judex gehörig bezeichnet, wobei aber nicht die Meinung war, daß er von Amtswegen den Werth zu erforschen und festzustellen habe, indem vielmehr zu diesem Behufe der Beweis der thatsächlichen Grundlagen erfordert wurde [35]). Erst nachdem dieser vom Kläger erbracht war, ließ der judex nun sein Urtheil eintreten und wenn er in geeigneten Fällen an der Stelle des einen arbitrii das jusjur. in litem deferirte, so setzte doch dieß stets voraus, daß jener ihn darum angegangen habe [36]). In ältern und neuern gerichtlichen Entscheidungen pflegte man denn auch diesen Eid ausdrücklich als eine „Rechtswohlthat" Dessen, welcher in einem gegebenen Falle nach Maaßgabe der einschlagenden gesetzlichen Vorschriften davon Gebrauch mache, zu bezeichnen [37]).

Aus dieser Annahme folgt aber, daß der auf den Eid Berechtigte auf denselben muß Verzicht leisten können [38]); so wie, daß

34) Baumann g. Landgrebe [7149] 1825.

35) Schröter, a. a. O. S. 398.

36) Schröter, a. a. O. S. 392, 404 fg; Glück, a. a. O. S. 403.

37) So z. B. in S. Niederelnbach g. Bauer, 1767; v. Mengersen g. v. Mengersen [6235] 1824; Emanuel g. Arnstein [2909] 1839.

38) Dafür bietet denn auch einen Anhaltspunkt dar: l. 71 D. de rei vind (6. 1): »Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero jurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit: mos ei gerendus est.«

es nur von ihm abhängt, die zur Ableistung erforderlichen Nachforschungen anzustellen, und er keineswegs vom Gegner die Herbeischaffung der dahin führenden Mittel zu verlangen berechtigt ist [39]). Eben so muß er auch ausdrücklich zur Ausschwörung dieses Eids sich erbieten, in welcher Beziehung man früherhin annahm, daß dieß Erbieten, vorausgesetzt, daß keine Beweisfrist angesetzt worden, in jeder Lage des Rechtsstreits geschehen könne [40]). Man fand übrigens schon darin diese Handlung, daß Kläger in der Beweisantretungsschrift angedeutet hatte, „es sey ihm die eidliche Schätzung nachgelassen" und nahm an, daß ein Mangel in dieser Angabe nicht vorliege, einer Restitution also es nicht bedürfe [41]).

Hier entsteht indessen noch eine aus einer abweichenden Vorschrift des hessischen Proceßrechts hervorgehende Schwierigkeit in Beziehung auf den Umfang der Giltigkeit der unter 2 (S. 419) angeführten Grundsätze. In dem für das Verfahren in minderwichtigen Sachen ergangenen Gesetze [42]) wird nämlich vorgeschrieben: „Kommen Beweismittel in Betracht, deren Einleitung der Richter in Folge der bestehenden processualischen Vorschriften von Amtswegen verfügen kann (Beweis durch Augenschein und Sachverständige, Auflegung des Würderungseides), so ist für die Vornahme der deshalbigen Verhandlungen zeitig Sorge zu tragen; namentlich sind die Anordnungen wegen Bestellung von Sachverständigen spätestens in dem Beweiserkenntnisse zu treffen". Zunächst ist es hier nach dem Ausdruck „von Amtswegen", nicht zweifelhaft, ob von dem allgemeinen und mit einem noch für nöthig zu erachtenden Antrag der Partei verträglichen, oder vielmehr von einem solchen Eide geredet werde, dessen Auflegung von der Einwirkung der Partei unabhängig und lediglich dem Ermessen des Richters zu überlassen sey? Die Frage war daher nur noch zu entscheiden, für welche Arten des Processes man diese Vorschrift gegeben erachten müsse? ob sie als auf die gedachte Proceßart beschränkt oder auch auf wichtige Rechtsstreitigkeiten erweitert anzusehen sey? Es

---

39) v. Mengersen g. v. Mengersen, O. A. G. Decr. v. 5/5 1824.
40) Emanuel g. Arnstein [2909] 27/11 1830.
41) Isenburg B. g. Koch [8869] 10/4 1844.
42) vom 18 Oct. 1834 §. 21.

ist in dieser Hinsicht die erste alternative Frage bejahend, die letztere sonach verneinend entschieden worden [43]) und bleibt es demnach für die letztere bei dem vorausgeschickten Principe, wonach in solchen wichtigen Sachen die Auflegung des jusjurandum in litem von Amtswegen unzuläßig ist.

3. Schon nach den im Vorstehenden ausgeführten Grundsätzen wird man sodann auch die unter den Rechtslehrern streitige Frage: ob dieser Eid nur in Ermangelung anderer Beweismittel, wodurch der Schadens-, oder Interesse-Betrag festgestellt werden kann, zuläßig sey? [44]) oder ob nicht, wenigstens der Regel nach, diese Eigenschaft der Subsidiarität dem Schätzungseide beiwohne? [45]) in diesem letzteren Sinne zu entscheiden haben. Freilich aber steht es danach in dem Ermessen des Richters, — welcher ja den Eid auflegen, selbst schätzen oder zuvor etwa auf einen ohne Schwierigkeit zu führenden Beweis erkennen und danach zu dem einen oder andern sich entschließen, nach unvollständiger Führung des letzteren auch geeignetenfalls einen Ergänzungseid auferlegen kann, — in der einen oder andern Weise zu erkennen.

4. Endlich ist hier noch des Verhältnisses des Schätzungseides zu dem s. g. juramentum expensarum zu gedenken, welches in den Gesetzen erwähnt wird und das die Bedeutung hat, daß die in einem Rechtsstreite obsiegende Partei den Betrag der aufgewendeten Kosten, in Ermangelung urkundlicher oder sonstiger Nachweisungen, beschwören, der Richter aber den Besiegten verurtheilen soll „quantum victor pro solitis expensis litium juraverit“ [46]).

Daß dieser Eid, will man heutigestags ihn überhaupt noch für anwendbar halten, als Schätzungs-, nicht aber, wie Glück [47]) annimmt, als Erfüllungs-Eid aufzufassen ist, ergibt sich daraus, daß es sich hier nicht von der Ergänzung eines unvollständigen

---

43) Isenburg g. Müller [6164] O. A. G. Besch. 25/9 1839.

44) wie behauptet wird von: Tevenar, a. a. O. S. 101; Hagemann, Erört. B. V Nr. 4; Malblanc, l. c. p. 210.

45) wie vertheidigt wird von: Glück, a. a. O. S. 443; Gesterding, a. a. O. S. 37; Gensler, Archiv f. civ. Pr. B. IV S. 295; Linde, a. a. O. §. 313.

46) l. 13 §. 6 C. de judic. (3. 1).

47) a. a. O. S. 482.

Beweises, sondern eben um diejenige eidliche Versicherung handelt, welche im Eingange dieses Abschnitts als die den Schätzungseid bezeichnende angegeben worden ist.

Auch für Hessen gilt übrigens die weitere Bemerkung Glücks [48]) über den ungewöhnlichen Gebrauch dieses Eids, da hier ebenfalls der Weg, die Festsetzung der Proceßkosten zu erreichen, der der gerichtlichen Ermäßigung ist.

III. Begründung des Antrags auf den Schätzungseid.

§. 4.

1. Ueberhaupt.

Zur Begründung des Antrags des Klägers, ihn zur Leistung des Schätzungseides zuzulassen, genügt es nicht, als Zeuge in seiner eigenen Sache aufgetreten zu seyn und durch seinen Eid den Beweis sowohl der Schadenszufügung, als der Größe desselben und der hier in Betracht kommenden Willensrichtung des Verklagten zu führen.

Ehe nämlich von der Leistung des Schätzungseides die Rede seyn kann, kommt es darauf an, daß die Verpflichtung des Verklagten zur Leistung einer Geldentschädigung feststehe; wohingegen im Falle vom Verklagten, vermöge einer gegen denselben ausgewirkten Verurtheilung, eine Handlung vorzunehmen ist und er dieser Vornahme sich weigert, oder außer Stande dazu sich befindet, diese Verpflichtung in die zur Leistung des in Geld anzuschlagenden Interesses sich verwandelt [49]).

Zunächst muß also, wenn es sich namentlich um Restitution oder Exhibition der Hauptsache handelt, vom Kläger behauptet und erforderlichen Falls bewiesen werden, daß der Verklagte dazu verbunden sey und dann, daß solcher dieses contumacia oder sonst dolo oder culpa lata nicht gethan habe, also z. B. das Depositum, die Sache des Pupillen rc., nicht zurückgeben

48) a. a. O.

49) l. 13 §. 1 D. de re jud. (42. 1).

wolle [50]). Und zwar muß dieser Beweis in anderer Art als durch den Schätzungseid, der sich hier lediglich auf die Größe des erlittenen Schadens bezieht, geführt werden. Anders verhält es sich, wenn es sich nicht um die Hauptsache, sondern um das sonstige Interesse handelt, wo der Schätzungseid auf das Daseyn und die Größe des Schadens sich bezieht, wie das bei Unterlassung der den Gegenstand der Verurtheilung bildenden Exhibition einer Urkunde der Fall ist, wo dem Kläger das »in litem jurare quanti sua interest, ea proferri: ut tanti condemnetur reus« erlaubt ist [51]).

Hiernach kommt es denn nach den Grundsätzen, welche in der hessischen Praxis angenommen worden sind, zunächst an auf die Verbindlichkeit des Klägers zur

2. Angabe des auf die Geldentschädigung sich beziehenden Verpflichtungsgrundes des Verklagten.

§. 5.

a. Existenz eines Schadens.

Es wird als eine feststehende Grundbedingung des Schätzungseids angenommen: daß, so lange nicht ein wirklicher Schaden und die Verbindlichkeit des Verklagten, solchen zu ersetzen, feststeht, auf den Schätzungseid nicht erkannt werden kann; daß also derselbe blos den Werth der geforderten Sache betrifft, alles Andere aber als bewiesen voraussetzt [52]); eine Annahme, die zwar von manchen Rechtslehrern bestritten worden ist [53]), in Hessen aber,

50) l. 2, 8 D. de in lit. jur. (12. 3).

51) l. 10 D. de in lit. jur. Vergleiche über weitere gesetzliche Beispiele: Schröter, a. a. O. S. 408 fg.; Weber, Verb. zur Beweisführ., 2. Ausg., VI, §. 46 B. (S. 238).

52) v. Savigny, R. d. Besitzes, 3 Ausg., S. 468 Not. 1. Vergl. jedoch 6. Ausg. S. 539.

53) Linde, Civilproc. (4. Aufl.) §. 313; wonach durch diesen Eid sowohl der aus einer vom Gegner durch dolus oder culpa lata begangenen, ihm schädlichen, Handlung entstandenen Schaden selbst, als dessen Größe beschworen werden kann.

zufolge einer bestehenden Praxis des obersten Gerichts, Billigung erhalten hat. So wurde schon in den ältern Decisionen [54]) der Grundsatz unter die rationes decidendi mit aufgenommen: daß das juram. in litem „blos ad aestimationem damni probati", nicht aber „ad probationem damni dati" gehe; ferner in einer späteren Sache [55]) die Entscheidung mit darauf gestützt, daß von dem juram. in litem, so lange noch von einem wirklichen Schaden und der Verbindlichkeit des Gegners solchen zu ersetzen nicht constire, nicht die Rede seyn könne. Eben so wurden in einem dritten Falle [56]) die Entscheidungsgründe der Mittel-Instanz insonderheit dahin gebilligt, daß dieser Eid „anders nicht, als zur Schätzung des Betrags eines in quali bewiesenen Schadens, in Ermangelung sonstiger Beweismittel, stattfinde" [57]). Nur bei der factischen Darlegung, daß ein Schaden eingetreten und von wem er zugefügt worden sey [58]), ist also dieser Eid für zulässig anzusehen und eben so reicht eine allgemeine Nachweisung der Beschädigung zur Begründung eines Erkenntnisses auf diesen Eid nicht hin; vielmehr muß ein nach den angegebenen bestimmten Gegenständen erlittener Schaden zu dem Ende bewiesen seyn, um dessen Größe und zwar nach Maaßgabe des jeden derselben beizulegenden Werthes durch jenen Eid festzusetzen [59]). Fehlt es aber an der thatsächlichen Begründung einer darauf sich beziehenden Liquidation, so läßt sich dieser durch die eigene Schuld des Klägers herbeigeführte Mangel nicht mittelst des Schätzungseides ersetzen [60]). Daher wurde denn z. B.

54) Decis. Cass. T. I dec. 62 n. 6.

55) Leisler g. v. Biesenrodt [7162] 1807.

56) Dörfler g. Dippel [3311] 1820.

57) in S. Böhl g. Schmidt [5677] 1823.

58) Neidhard g. Häfner [6995] 1841; Sommer g. Kurre [8465] 1844; Oehler g. Jacobson [2896] 1845.

59) Daher wurde der als juram. in litem in Anspruch genommene Ergänzungseid deshalb nicht für statthaft erachtet, weil es „an der gehörigen Auseinandersetzung der einzelnen Posten und an einer speciellen Begründung des bei jedem derselben ganz im Allgemeinen angegebenen Betrags mangele", Böhl g. Schmidt [5677] 1823; vergl. auch die Entsch. des O. A. Gerichts in S. Kehr g. Fisc. Pr. [1335] 1835.

60) Meurer g. Fisc. Pr. [9805] 7/4 1846. Es handelte sich hier um den

in Ansehung des auf Veranlassung einer Injurie erfahrenen Schadens insbesondere, angenommen, daß jener Eid nicht hierauf, sondern nur auf den Betrag des Schadens gerichtet werden könne, in welcher Beziehung lediglich in dem Falle eine Beschränkung eintritt, wenn, wie bereits angedeutet worden, der Schaden mit der Handlung selbst in directer Verbindung steht und unmittelbar aus derselben folgt [61]).

Specieller mögen diese Grundsätze durch einige weitere oberstrichterliche Entscheidungen kürzlich erläutert werden:

1. Nachdem einer Stadt die von derselben behauptete Holzgerechtsame, so wie eine Entschädigung wegen der ihr in der Vergangenheit entzogenen Holzquantitäten zuerkannt, deren Liquidation aber ihr vorbehalten worden war, reichte sie solche ein; es wurde aber in der Mittel- und letzten Instanz die Darlegung vermißt, „in wieweit, ohne die Zuwiderhandlung des Verklagten das Holz von den Einwohnern der klagenden Stadt, nach den jedesmal vorliegenden Umständen, insbesondere bei der auf den nämlichen Gegenstand gehenden Berechtigung anderer Gemeinden, hätte ergriffen und benutzt werden können". Deshalb wurde denn auch angenommen, daß diese mit Recht gerügten Mängel durch einen Würderungseid nicht ersetzt zu werden vermöchten [62]).

2. Als es sodann um die Entschädigung des Pachters einer Mühle, welche vor Ablauf der Pachtzeit verkauft worden war, sich handelte, nahm man an, daß diese Entschädigung nicht durch die bloße Schlußfolge von der durch die Beschaffenheit der Mühle an sich begründeten Möglichkeit eines bestimmten Ertrags derselben, ohne Rücksicht darauf, ob die Mühle wirklich fortwährend im Gange sich befunden habe, sich bestimmen lasse, vielmehr zu einem solchen Zwecke noch sonstige Thatsachen anzuführen gewesen seyen, aus welchen, wenn auch nicht mit Nothwendigkeit, doch unter Voraussetzung des gewöhnlichen Laufes der Dinge, auf einen wenigstens approximativ bestimmbaren Schaden hätte geschlossen werden können [63]).

3. In einem bereits erwähnten Falle (S. 417, Nr. 8) handelte es sich von dem Schaden, welchen ein Wirthschafts-Beständer, dem an einem Orte allein die Befugniß, in seiner Wohnung Gäste zu setzen und

---

Schaden an der Gesundheit, welchen der Appellant durch die wider ihn verhängte Untersuchungshaft erlitten haben wollte.

61) Dörfler g. Dippel [3321] 16/2 1820.

62) Stadt Gelnhausen g. Isenburg [1211] 20/6 1848.

63) Warnecke g. Stöber [4719] 1838.

mit Speise und Trank zu versehen, erbleiheweise eingeräumt worden war, dadurch angeblich zugefügt worden seyn sollte, daß noch ein anderer Wirth an demselben Ort in gleicher Art vom Erbleiheherrn concessionirt worden war. Hier wurde angenommen, es bestimme sich die jenem zu leistende Entschädigung nicht danach, was er überhaupt möglicher Weise an Speisen und Getränken habe verabreichen und daran gewinnen können, sondern es komme dabei noch auf Thatsachen an, aus denen annäherungsweise zu schließen sey, was er ohne die beeinträchtigende Handlung nach dem natürlichen oder gewöhnlichen Laufe der Dinge an Speisen und Getränken würde verabreicht und daran gewonnen haben. Als keine solche Thatsache wurde es angesehen, wenn nachgewiesen werde, was der andere Wirth, welchen der Erbleiheherr vertragswidrig concessionirt hatte, in dem fraglichen Zeitraume wahrscheinlicher Weise an Speisen und Getränken verabreicht und daran gewonnen habe. Man ging hierbei davon aus, daß allerdings speciell und im Einzelnen solche Verabreichungen nachzuweisen, unthunlich, zu dem in Rede stehenden Zwecke aber auch unnöthig sey, da es nicht um Erstattung oder Restitution des vom zweiten Wirthe wirklich bezogenen Gewinnes sich handle, vielmehr dieser nur den Maaßstab für denjenigen Gewinn abgeben solle, welchen der erste Wirth, wenn er alleiniger geblieben wäre, mehr als bei stattgehabter Vertheilung des Geschäfts in zwei Wirthschaften hätte machen können. Hiernach wurde der Schätzungseid regulirt[64]).

4. In einem dritten Falle war dem Kläger in einem Aufruhre, neben Mißhandlung seiner Frau, sein Handwerkszeug angeblich zerstört und weggeschleppt worden und er erbot sich ohne nähere Darlegung zum Schätzungseide rücksichtlich des Schadensbetrags. Das O. A. Gericht erkannte aber, daß es dazu nur unter der Voraussetzung hätte kommen können, daß zuvor vom Kläger die angeblich ihm zugefügten Verletzungen selbst bewiesen worden wären und folgerte daraus, daß eine gehörige Substantiirung der Behauptung des letzteren nicht habe fehlen dürfen. — In eben diesem Falle hatte sodann der Kläger mit Rücksicht darauf, daß gewisse Gegenstände in seinem Hause beschädigt sowie weiter, daß auch andere zu seiner Habe gehörige Sachen zerstört und verschleppt worden wären und deshalb, weil der Beweis der Beschädigung im Allgemeinen geführt worden sey, so lange vermuthet werden müsse, daß diese zuletzt erwähnten Gegenstände ebenwohl der gegen seine Habe ausgeübten Gewaltthätigkeit hätten

64) Isenburg B. g. Koch [8869] 10/1 1844. Die Formel lautete: „daß soviel er wisse und glaube der Wirth — in der Zeit — 1½ Ohm Wein ꝛc. verzapft und der Preis jenes Weins — betragen habe.“

unterliegen müssen, bis erwiesen werde, es habe deren Beschädigung von andere Ursachen hergerührt, zur Ableistung des Erfüllungseids zugelassen zu werden verlangt. Das O. A. Gericht nahm aber an, daß von einer solchen Vermuthung nur unter der Voraussetzung die Rede seyn könne, daß als bewiesen vorliege, wie die erwähnten Gegenstände nach dem stattgehabten Tumulte zerstört, oder vor solchem im Hause des Klägers sich vorgefunden hätten, nachher aber nicht mehr vorhanden gewesen seyen und erklärte deshalb auch die Auflegung des Erfüllungseids für nicht begründet [65].

5. Ein anderer hier einschlagender Rechtsfall [66]) ist folgender: In einer Rechtssache war festgestellt, daß die Beklagte in Folge schuldhafter Beschädigung den Werth eines ausgeflossenen Fasses Rum zu ersetzen schuldig sey. Es lag ein Gutachten von Sachverständigen vor, wodurch der Werth des Rums für die Zeit der Beschädigung auf 6—24 Thlr. für den Anker angegeben war. Nun wurde dem Kläger aufgegeben, zuvor eidlich zu erhärten, daß der wahre Werth des verloren gegangenen Rums à Anker 16 Rthlr., oder wie viel weniger betragen habe, worauf die Beklagte schuldig sey, die danach sich ergebende Summe als Entschädigung mit Verzugszinsen seit der Insinuation der Klage zu bezahlen. Zur Begründung dieser Entscheidung wurde angeführt: Ein eigentliches jusjurandum in litem, mittelst dessen der Beschädigte ohne allen weitern Beweis den Werth des Streitgegenstandes und sein Interesse selbst zu schätzen berechtigt sey, mußte schon deshalb für unzulässig erachtet werden, weil dieser Eid von den Gesetzen nur bei actionibus arbitrariis und solchen actionibus bonae fidei, welche auf ein restituere oder exhibere gerichtet seyen, unter bestimmten Voraussetzungen gestattet werde, bei actionibus stricti juris, wozu die Aquilische Klage gehöre, in seiner eigenthümlichen Bedeutung, ausgeschlossen sey [67]). Die Gesetze aber ließen auch bei den letzteren, mithin auch bei dem damnum injuria datum, ein auf die Ermittelung des wahren Geldwerths gerichtetes subsidiäres juramentum in litem in dem Falle ausnahmsweise zu, wenn der beschädigte Gegenstand nicht mehr existire und deshalb dem Richter und zwar durch die Culpa des Verklagten die Aestimatio unmög-

---

65) Neidhardt g. Häfner [6995] 5/12 1841.

66) Zeitschr. f. Rechtspflege im H. Braunschweig, Jahrg. II S. 55; Erk. des O. Gerichts zu Wolfenbüttel, v. 7/12 1853. Es ist dieser Fall nur rücksichtlich des hier in Betracht kommenden Gesichtspuncts angeführt worden.

67) tit. D. de in lit. jur. (12. 3); Mühlenbruch, Pandecten §. 369; Vangerow Leitf. §. 171; Bayer Vorträge (7. Aufl.), S. 512.

lich geworden sey, »quia judex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quae non extat«[68]. Gerade dieser Fall liege hier vor und Kläger müsse deshalb, seinem Erbieten gemäß, um so mehr zur eidlichen Erhärtung des wahren Werths zugelassen werden, als er, neben dem Beweis der schädlichen Handlung und der Existenz des Schadens überhaupt, zugleich den Beweis, daß der Preis der Rums, der, je nach seiner Beschaffenheit im Jahr 1846, pr. Anker zwischen 6 und 24 Rthlr. betragen, geliefert habe, jener Eid sich also als ein wirklicher Ergänzungseid darstelle[69].

b. Böswilligkeit, grobe Fahrlässigkeit oder Ungehorsam des Verklagten.

§ 6.

a. Dolus oder culpa lata.

Bei der Zulassung des Schätzungseides von Seiten des Verklagten wird, — abgesehen[70] von dem später zu erwähnenden Fall eines durch unterlassene Befolgung rechtskräftiger Erkenntnisse bezeigten Ungehorsams, — die Darlegung einer dem Verklagten zur Last fallenden Böswilligkeit (dolus) oder dieser gleich zu achtenden Fahrlässigkeit, für welche, wie bereits erwähnt, die Zulassung des Klägers zu diesem Eide gewissermaßen eine Privatstrafe seyn soll, erfordert[71]) und auch die Mora ist von diesen Voraus-

68) l. 5 §. 4 D. de in lit. jur. (12. 3). — Vangerow, a. a. O.; Thibaut Pand. R. §. 1156; Bayer, a. a. O. S. 514.

69) Strubens rechtl Bed. B. 3, S. 743; Martin, Civilproc. (6. Aufl.) §. 221; Gensler, zu Martin §. 221.

70) Bei der klaren Vorschrift der Gesetze (l. 5 D. de in lit. jur., verb.: »et in bonae fidei judiciis«) wird man daher nicht mit Bayer, a. a. O., S. 410, den Ungehorsam als den Grund des jusjur. in litem bezeichnen können; weshalb denn auch das O. A. Gericht zu Cassel in S. Isenburg g. Koch [8869] 10/4 1844, aussprach: „daß — eben so wenig die Behauptung des Hrn. Appellanten, daß dieser Eid nur wegen Ungehorsams des Verklagten stattfinde, als rechtlich begründet angenommen werden kann."

71) l. 1, 2, 4 §. 4; l. 8 D. de in lit. jur; l. 2 C. de in lit. jur. (5. 53); l. 60 §. 1 D. ad leg Falc. (35. 2); l. 16 §. 3 D de pign. (20. 1); l. 18 pr. D. de dolo malo (4. 3.)

setzungen nicht ganz ausgeschlossen [72]). Beides: Beweis des erlittenen Schadens an und für sich und ein gehörig geeigenschaftetes Verschulden von Seiten Desjenigen, welcher Entschädigung leisten soll, sind also wesentliche Voraussetzungen bei der Erkennung auf den Schätzungseid [73]); und namentlich kann bei nicht als vorhanden anzunehmender, auf Schadensstiftung gerichteter Absicht oder grober Fahrlässigkeit von Seiten eines der Contrahenten, der Antrag des Andern auf Zulassung zum Schätzungseide für begründet nicht gehalten werden [74]).

Ein solcher dolus oder eine culpa lata ist aber

1. in dem Fall z. B. als vorhanden nicht angenommen worden, wo der Staat von seinem Rechte, aus Gründen des Gemeinwohls, eine bestandene Steuerfreiheit für ein Gut aufzuheben, Gebrauch machte; und wenn gleich das Aequivalent, welches er einem besonders Berechtigten in einem Falle dieser Art zu zahlen hat, gewöhnlich „Entschädigung" genannt wird, so nahm man doch an, daß daraus nicht die Widerrechtlichkeit der Entziehung an sich gefolgert werden könne und, weil sie absichtlich geschehen, als eine dolose Beschädigung betrachtet werden müsse; es wurde daher in einem solchen Fall der Schätzungseid für unstatthaft erklärt [75]).

2. Dahin wurde auch erkannt, als es sich von dem Ersatze des Schadens handelte, welchen ein Pfarrer in Folge seiner Pensionirung erlitten zu haben behauptete, indem auch hier der Mangel der Existenz eines dolus oder einer culpa lata der Leistung des anerbotenen Schätzungseides entgegen stand [76]).

3. Insonderheit wird, wenn von dessen Anwendung zum Zwecke der Feststellung des durch eine Besitzentsetzung angeblich verursachten Schadens die Rede ist, eine nähere Darlegung dieser Voraussetzung erfordert [77]).

---

72) l. 5 §. 4 D. de in lit. jur.; Unterholzner Schuldverhältn., B. 1 S. 257.

73) Wichard'sch Cur. g. Fisc. Proc. [8505] 21/12 1844.

74) Hospital Haina g. v. Boyneburgk [3832] 17/2 1838.

75) v Leiningen Westerburg g. Fisc. Pr. [4566] 7/12 1839, in Erw.: „daß bei der dem Staate zustehenden Befugniß, die von Privaten unter lästigem Titel erworbenen Privilegien gegen Entschädigung aufzuheben, der Antrag des Hrn. Klägers auf Zulassung zum juramentum in litem der Begründung ermangelt."

76) Brandau g. Fisc. Pr. [8792] 20/4 1844.

77) v. Allir g. Fisc. Pr. [6317] 3/10 1840, in Erw.: „daß — die Be-

4. In einem weiteren Falle hatte B. in Folge seiner Klage wider K. auf eine hypothekarische Schuld von 425 fl. die Execution veranlaßt. Dem W. wurde inzwischen die Einsammlung der Erndte und die Zahlung der Zinsen an den genannten Gläubiger aufgegeben. Nachdem später das ausgesetzte Subhastations-Verfahren fortgesetzt worden war, in welchem der Kläger B. mit den Gläubigern über den Vorzug stritt, beantragte er, den W. zur Ablage der Rechnung über die eingenommene Erndte anzuweisen. Es erfolgte auch die Verurtheilung dazu. W. legte nun zwar die Rechnung ab, B. bestritt aber deren Richtigkeit und dieß hatte eine Beweisauflage an jenen zur Folge. Die Beweisführung führte zur Auflage des Suppletoriums an W. Nunmehr klagte indeß B. den W. des Meineids an und erwirkte auch eine Verurtheilung desselben und zwar, abgesehen von der erkannten Strafe, zugleich zur vollständigen Entschädigung rücksichtlich des durch seine wahrheitswidrigen Angaben dem B. erwachsenen Schadens. Auf den Grund dieses Criminal-Urtheils erhob B. Klage wider W. auf Ersatz des Schadens, indem er angab, daß er, wenn der Verklagte seiner Obliegenheit nachgekommen wäre, seine vollständige Befriedigung gefunden und nicht den übrigen betreffenden Gläubigern nachgestanden haben würde; dabei erbot er sich, zum Zwecke der Nachweisung des Schadensbetrags, zur Ableistung des Würderungseides. Nachdem die Klage in den beiden ersten Instanzen wegen ungenügender Darlegung des Schadens zurückgewiesen worden war, appellirte der Kläger an das O. A. Gericht und dieses verwarf insonderheit die Statthaftigkeit des jusjurandum in litem wegen Mangels der in Rede stehenden Voraussetzung [78]).

---

schwerde der Kläger darüber — daß ihnen die Ausschwörung des Würderungseides nicht nachgelassen worden, um deßwillen für ungegründet zu halten ist, weil dieser Eid nur im Fall einer durch bösliche Absicht oder grobes Verschulden zugefügten Beschädigung stattfindet, von den Klägern jedoch keine speciellen Thatsachen angegeben worden sind, woraus das eine oder andere in Beziehung auf die hier vorliegende Besitzentsetzung, insonderheit mit Rücksicht auf die dabei obwaltenden besondern Verhältnisse, gefolgert werden kann."

78) Blumenthal g. Weber [2715] 29/6 1852, in Erw.: „daß — bei mangelnder Darlegung, daß Kläger im Processe gegen K. wegen der Zinsrückstände die an ihm vorgehende Pfandgläubiger zu zahlen waren, einen Ausfall an seiner Forderung erlitten habe, es an der Nachweisung eines dem Kläger in der fraglichen Richtung durch grobes Verschulden des verklagten Erblassers zugefügten Schadens und folgeweise an der wesentlichen Voraussetzung der Zulassung des Klägers zu dem erbotenen Würderungseide fehlt."

§. 7.

b. Ungehorsam gegen gerichtliche Entscheidungen.

Der andere Grund, aus welchem es zum jusjurandum in litem kommen kann, ist die Nichtbefolgung eines bestimmten rechtskräftig verurtheilenden Erkenntnisses [79]).

Einige hier einschlagende Rechtsfälle mögen diesen Satz näher veranschaulichen und bestimmen.

I. In Beziehung auf den rechtskräftig verurtheilende Erkenntnisse überhaupt betreffenden Ungehorsam des verklagten Theils kam folgender Fall zur Entscheidung:

Der Erblasser gewisser Pflegbefohlenen B. stellte dem F. eine Urkunde aus, welche das Bekenntniß jenes enthielt, diesem aus der Cession einer Darlehnsforderung an seinen Bruder 200 Rthlr. schuldig zu seyn, mit dem Versprechen, diese Summe bis zu deren Abtragung mit 3½ Proc. jährlich zu verzinsen. Jene Kinder wurden, auf die Klage des F., zur Zurückgabe dieser, in ihren Besitz gekommenen, Urkunde an den Kläger verurtheilt, leisteten aber keine Folge, ungeachtet ihnen dieß wiederholt und unter Drohung von Strafe aufgegeben, auch die letztere wider sie ausgesprochen worden war. Auf den Grund dieses Ungehorsams derselben verlangte herauf F., in einer wider solche angestellten Klage, die Vergütung des Interesses, welches er dabei habe, daß jenem Bescheide Folge geleistet werde und erbot sich, das Vorhandenseyn dieses Interesses im angegegebenen Betrage durch den Würderungseid zu erweisen. Die Verklagten leugneten nicht das Bestehen

---

79) l. 1 D. de in lit. jur.: »Rem in judicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis, per jusjurandum in litem. Non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium«; l. 18 D. de dolo (4. 3): »Arbitrio judicis in hac quoque actione comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est. Ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit. Sed officio judicis debet in utraque actione taxatione jusjurandum refrenari.«

dieses Interesses in dem Betrage des Objects der fraglichen Schuldurkunde und es nahm deshalb das Obergericht an, daß es bei diesem Zugeständniß der Ableistung des gedachten Eides gar nicht mehr bedürfe und dieses Erkenntniß wurde in dritter Instanz bestätigt [80]).

II. Insbesondere muß dann aber im Falle des Ungehorsams Desjenigen, welcher zur Angabe der bei ihm vorhandenen Vermögensstücke eines Andern verurtheilt worden und verpflichtet ist, der Gegner zum jusjurandum in litem zugelassen werden [81]). In dieser Hinsicht kommen besonders die beiden Fälle in Betracht, wo in Folge der Erbschafts- und Erbtheilungs-Klage dergleichen verurtheilende Aussprüche auf den Manifestations-Eid erfolgt waren, denselben entgegen gehandelt wurde und nunmehr die Frage entstand: ob dem Kläger zu dem Schätzungseide zuzulassen sey?

1. Wenn in der erstern Beziehung auf die erhobene Erb-

---

80) Bacherach g. Fenner [1734] 1/5 1851, in Erw.: „daß der Appellant (Vormund der B.'schen Kinder) die Entscheidungsgründe des Obergerichts im Wesentlichen zu widerlegen nicht vermocht hat, insbesondere aber die Nichtbefolgung des rechtskräftigen Amtsbescheids — die Pflegebefohlenen des Appellanten verpflichtet, dem Kläger das Interesse zu leisten; — daß dieses Interesse vorliegend in dem Betrage besteht, über welchen die nach jenem Erkenntnisse dem Kläger zu verschaffende Urkunde ein Schuldbekenntniß des Erblassers seiner Pflegebefohlenen enthält; — indem der Kläger durch eine solche Urkunde in den Stand gesetzt wurde, seine aus derselben sich ergebende, von dem Appellanten in Abrede gestellte, Forderung gegen die gedachten Pflegebefohlenen gerichtlich durchzusetzen, die Nichtvorlegung der Urkunde aber ihm diesen Vortheil und das in der Urkunde ihm gegebene Beweismittel entzieht; — daß nach den Verhandlungen — die vom Appellanten dem Appellaten zu verschaffende Urkunde das (im Text schon bezeichnete) Bekenntniß des Erblassers der appellantischen Pflegebefohlenen — enthielt; — es sonach an einer causa debendi in der Urkunde und an deren Beweiskraft nicht fehlt; — der Appellat mithin auf den Grund der Urkunde die Verurtheilung der appellantischen Pflegebefohlenen zur Zahlung gedachter Forderung würde auswirken können; — daß es daher bei dem erwähnten Inhalte der Urkunde zu Feststellung des Betrags des dem Appellaten zu gewährenden Interesses nicht noch des von ihm anerbotenen Würderungseides bedarf."

81) l. 4 C. de in lit. jur. (5. 53); l. 2 §. 1 D. de in lit. jur. (12. 3); vergl. mit l. 199 D. de reg. jur. (50. 17). — v. Mengersen g. v. Mengersen [6235] 1824; Emanuel g. Arnstein [1118] 1831.

schaftsklage der Verklagte verurtheilt worden ist, den Nachlaß nach einer eidlich zu bestärkenden Specification an den Kläger zu restituiren und dieser Verurtheilung, so wie den erlassenen Paritorial-Verfügungen keine Folge gegeben hat, alsdann kann der Kläger zum Zwecke der Vollstreckung der ergangenen Erkenntnisse die Aufstellung einer Specification des ihm zu restituirenden Nachlasses und nöthigenfalls deren Bestärkung mittelst des Würderungseides selbst übernehmen und verlangen, daß der Verklagte über die Richtigkeit dieser Specification unter dem Rechtsnachtheile, daß solche widrigenfalls als richtig werde angenommen und dem Kläger die verzeichneten Gegenstände werden ausgefolgt werden, zur Erklärung unter der Androhung aufgefordert werden, daß dieser Rechtsnachtheil im Falle des Ungehorsams des Verklagten seine Verwirklichung erhalte. Dabei versteht es sich denn von selbst, daß in Folge dessen dem Kläger jeder Zuwachs, welchen der zu restituirende Nachlaß seit dem Ableben des Erblassers durch Zinsen der darunter befindlichen Ausstände erhalten hat, so wie die Gegenstände, welche seitdem an der Stelle von Nachlaßobjecten angeschafft worden sind, ebenfalls ausgefolgt werden müssen [82]).

2. In ähnlicher Weise wurde denn auch über die Richtung eines in den Ungehorsam einer Partei, welche in einem Erbtheilungs-Verfahren zur Vorlegung eines eidlich zu bestärkenden Erbschafts-Verzeichnisses angewiesen worden war, dem Gegner nachgelassenen Schätzungseides geurtheilt [83]).

---

82) Diese Grundsätze wurden ausgesprochen resp. anerkannt in S. Strieder g. Strieder [6323] O.A.G. Decr. v. 21/5 1839; früher bereits in S. v. Mengersen g. v. M. [6235] 1824.

83) Auth g. Weber [3756] O.A.G. Besch. 31/3 1837, in Erw.: „daß die rechtliche Natur des Schätzungseids, welcher lediglich die Veranschlagung des dem Schwörenden durch den Ungehorsam des andern Theils zugefügten Schadens bezweckt, und daher im vorliegenden Falle unmittelbar auf den Werth der Gegenstände, welche, nach der Angabe der Appellaten" (dem der Schätzungseid nachgelassen worden) „durch die Mangelhaftigkeit des von den Appellanten eingereichten Erbschafts-Verzeichnisses und ihre Weigerung, dessen Richtigkeit zu beschwören, dem Gesammtbetrage der gemeinschaftlichen Erbschaft entzogen worden sind, zu richten ist, eine specielle Berücksichtigung der vorausgegangenen Handlungen einzelner Personen, wodurch diese Entziehung veranlaßt worden, nicht zuläßt (*); — daß gleichwohl als Gegenstand dieses Schätzungseids, insofern derselbe an die

III. Sodann kommt weiter die besondere Frage in Betracht: ob, wie Linde [84]) annimmt, die Voraussetzung der Absichtlichkeit oder grober Fahrlässigkeit auch auf die Schadensstiftung mit Contumacia sich beziehe; oder ob, wie Malblank [85]) dafür hält, hier auf jene Erforderniße es nicht ankomme. Es wurde in der Entscheidung eines hier einschlagenden Falles der Satz anerkannt, daß jedenfalls schuldhafter Weise das Erkenntniß unbefolgt gelassen seyn müsse und dieses Merkmal in doppelter Beziehung nicht als vorhanden erachtet.

Dem klagenden Theile war nämlich in der ersteren Hinsicht, als Accession des in jährlichen Leistungen bestehenden Hauptanspruchs, die Prästation des Interesses wegen der bis zum Judicate unterbliebenen Gewährung jenes zuerkannt worden. Der Gegenstand der Verurtheilung war in quantitativer Hinsicht unbestimmt und es bedurfte zur Realisirung des Judicats im Wege der Vollziehung vorerst der Feststellung des Betrags des erlittenen Schadens an Geld. Mit der Liquidirung der Forderung, in der Beschränkung auf das Minimum des Jahresbetrags, erbot sich der klagende Theil zur Bewahrheitung seiner Angabe zum Schätzungseid. Für die Verwerfung dieses Erbietens, welche das O. A. Gericht zu Cassel billigte, wurde geltend gemacht: 1. Es liege eine Contumacia des Verklagten rücksichtlich der Entschädigung vor, weil es an einer vorgängigen Feststellung des Betrags fehle, welchen der klagende Theil durch die Unterlassung der schuldigen Ge-

Stelle des von den Appellanten verweigerten Manifestations-Eides tritt, nicht auch dasjenige betrachtet werden kann, was schon als geeigneter Stoff einer weiteren gerichtlichen Entscheidung zum Zwecke der bescheidsmäßigen Erbvertheilung in den Vorträgen der Parteien enthalten ist; — und eben so wenig diejenigen unter den, nach der Behauptung des Appellaten, von den Appellanten hinterhaltenen Posten, welche in Activ-Ausständen bestehen, indem solche einen jeden Miterben schon vermöge des Anfalls der Erbschaft zu seinem Antheil zustehen, daher der Appellant jene Posten, auch ohne deren Aufnahme in das Vertheilungs-Verfahren, zum Antheil seiner Ehefrau" (der Miterbin) „unmittelbar von den Schuldnern einziehen kann." (* Die Appellanten hatten zuvor rücksichtlich der gegen Einzelne von ihnen vorgebrachten Behauptung die Erbschaftsstücke unterschlagen oder verheimlicht zu haben, Beweisführung verlangt.)

84) a. a. O. S. 392.

85) l. cit. p. 206.

währung des Hauptanspruchs bis zum Judicat entbehrt habe, und der Schätzungseid als Strafe der contumacia im vorliegenden Falle deshalb nicht eintreten könne [86]), weil der Gegenstand der Leistung durch das Judicat in quantitativer Hinsicht noch unbefolgt gelassen sey. 2. Die Verurtheilung des Verklagten zur Entschädigung rücksichtlich der Vergangenheit beruhe auch nicht etwa auf dem Vorhandenseyn eines dolus oder einer culpa lata, sondern im Allgemeinen auf der Voraussetzung des Verzugs rücksichtlich der Leistung des Hauptgegenstands. Der Begriff der mora gehe aber über diese Grade des Verschuldens hinaus. Wenn sodann in l. 5 §. 4 D. de in lit. jur., wo der zu leistende Sclave verstorben war und der Kläger zur eidlichen Festsetzung des in Verzug befindlichen Schuldners auf eine actio str. juris zugelassen wurde, so lasse sich aus diesem eigenthümlichen Falle die Regel nicht ableiten, daß bei vorhandener mora jener Eid stattfinde. In Ansehung des hier in Betracht kommenden Nebenanspruchs, welcher erst durch das Judicat in Verbindung mit der Verurtheilung zur Leistung des Hauptgegenstands entstanden sey, könne auch eine mora nur in Beziehung auf dieses gedacht werden und wenn dem Verklagten keine contumacia zur Last falle, so könne auch von einer mora keine Rede seyn. 3. Das juram. in litem finde nur da statt, wo es sich um ein unbestimmtes Interesse, oder den Werth eines bestimmten Objects handele, nicht auch in dem vorliegenden, wo von der Entbehrung einer bestimmten Geldsumme, als Gegenstands der Leistung, die Rede sey und diese an ein bestimmtes Factum sich knüpfe [87]).

In der andern Hinsicht handelte es sich um die Entschädigungs-Forderung des klagenden Theils vom Zeitraume nach der Verurtheilung des Verklagten zur Einsetzung in das Recht auf die fragliche Jahresleistung. Diese war dadurch unmöglich geworden, daß solche auf den Grund eines früher begründeten Anspruchs einer dritten Person bereits zuerkannt worden war. Zugleich nahm man an, daß das bloße factische Verhältniß der unterbliebenen

86) Schröter, a. a. O. S. 370; Unterholzner, a. a. O. S. 258.

87) l. 3 D. de in lit. jur.; Glück, Com. Th. 12 S. 438.

Befolgung des Judicats an und für sich die Zulassung des klagenden Theils zum Schätzungseide nicht begründe, da bei demselben als Strafe im Allgemeinen eine dem Verklagten zur Last fallende Gewissenlosigkeit [88]) und daher, im Verhältniß zur Befolgung eines Judicats, eine böswillige Verweigerung oder eine dolo oder culpa lata geschehene Versetzung in die Lage, nicht gehorsam seyn zu können, unterstellt werde [89]). Beide Voraussetzungen nahm man als nicht existent an. Durch die gerichtliche Zuerkennung jenes Anspruchs an eine dritte Person werde der Verklagte außer Stand gesetzt, dem klagenden Theil den Genuß der Jahresleistungen zu gewähren; in der Befolgung des frühern Judicats liege also keine böswillige Nichtbefolgung des letzteren. Der angezogene Rechtsfall ist der folgende:

Durch landesherrliches Rescript v. Nov. 1833 wurde, nach dem Ableben der Canonissin v. St., dem Fräulein A. W. die damals erledigte Stelle einer Conventualin im Stifte zu Obernkirchen verliehen und zugleich dem Ministerium d. Innern auferlegt, deren Aufnahme in das Stift zu verfügen und die vacante Präbende, bestehender Ordnung gemäß, ihr zu ertheilen. Als indessen ein Fräulein v. B. einen Bescheid ausgewirkt hatte, wodurch jene vacante Stelle ihr übertragen worden war, klagte jene im J. 1838 wider den Staatsanwalt auf Einsetzung in diese ihr verliehene Stelle und den Genuß der mit solcher verbundenen Einkünfte auch auf Entschädigung wegen der bisher ihr entzogenen Einkünfte. Durch Bescheide des Obergerichts v. 3. Sept. 1839 und des O. A. Gerichts vom 16. May 1840 wurde auch darauf der Verklagte verurtheilt, die Klägerin in jene ihr verliehene und durch das Ableben der Canonissin v. St. erledigte Stifts-Präbende binnen 2 Monaten einzusetzen, oder deren Werth zu leisten, auch wegen der vom 15. Juli 1835 an entbehrten Einkünfte sie zu entschädigen.

Nunmehr erklärte die Klägerin ihre Anträge in Betreff dieser Entschädigung für die Vergangenheit (vom Juli 1835 bis dahin 1842) aussetzen zu wollen, — weil sie insoweit eine gütliche Vereinbarung hoffe, — und erwirkte im Uebrigen ein Paritorial-Decret. Es folgten darauf weitere Verhandlungen und sodann eine Beweisauflage, wonach die Klägerin darthun sollte: daß die ihr verliehene durch das Ableben der v. St. erledigte Präbende einen jährlichen Werth von 500 Rthlr., oder welchen geringeren

---

88) Unterholzner, a. a. O. S. 258.

89) Schröter, a. a. O. S. 370 fg.

habe. Die Klägerin gab darauf den jährlichen Ertrag zu 350 Rthlr. an Geld und 100 Rthlr. an Naturalien an, benannte Zeugen, bezog sich auf die Stiftsrechnungen, deren Edition sie verlangte und erbot sich principaliter zur Ausschwörung des Schätzungseids dahin, daß der jährliche Werth der Präbende wenigstens 450 Rthlr. betragen habe. Zwar erkannte das Obergericht auf diesen Eid dahin, daß nach einem Durchschnitts-Ertrag der J. 1831—1840 jener Werth 350 oder wieviel weniger ausgemacht habe, das O. A. Gericht wieß aber reformatorisch die Klägerin mit dem Entschädigungs-Anspruch wie angebracht zurück.

Nunmehr richtete die Klägerin ihren Antrag nur auf die Entschädigung für die entbehrten Einkünfte des vergangenen Zeitraums vom Juli 1835 bis dahin 1842. Sie verlangte jetzt Entschädigung nicht für die Einkünfte der von der v. St. inne gehabten Conventualin-Stelle, sondern für die entbehrten Einkünfte derjenigen Stelle, welche die in die ihr verliehene Stelle eingesetzte v. B. bezogen habe und beschränkte den Entschädigungs-Anspruch auf das Einkommen an Geld mit dem Bemerken, daß dieß für alle Conventualinnen gleich sey, so wie, daß solches in keinem der genannten Jahre unter 300 Rthlr. sich belaufen habe und erbot sich zum Schätzungseide.

Nachdem der Verklagte die Zulässigkeit dieses Eides im untergebenen Falle bestritten, das Obergericht aber solche angenommen hatte, wurde auf die Berufung des Verklagten vom O. A. Gericht der Schätzungseid verworfen,

in Erw.: „daß — nach den früheren, in dieser Sache ergangenen, Erkenntnissen und den dermaligen Verhandlungen es gegenwärtig darauf ankommt, die Einkünfte der durch das landesherrliche Rescript vom 29. Nov. 1833 der Klägerin verliehenen Präbende, welche sie wegen unterbliebener Einsetzung in letztere entbehrt hat, dem Betrage nach festzusetzen;

daß der Anfang des Zeitraums, in welchem diese Entbehrung Statt gefunden, als durch den in diesem Punkte nicht abgeänderten O. G. Bescheid v. 3. Sept. 1839 auf den 15. Juli 1835 bestimmt anzunehmen, der Zeitpunkt aber, bis zu welchem die Klägerin im dermaligen Verfahren den Ersatz der entbehrten Einkünfte verlangt, nämlich der 15. Juli 1842, sich dadurch rechtfertigt, daß die Klägerin bis dahin in den Genuß der Pfründe noch nicht eingesetzt worden ist;

daß der Antrag der Klägerin auf Zulassung zum Würderungseid über den von ihr angegebenen jährlichen Betrag der Einkünfte der erwähnten Präbende in Geld darauf gegründet ist, daß von Seiten des Verklagten die Befolgung der in der Sache ergangenen Judicate unterlassen beziehungsweise verweigert worden sey;

daß auch die im römischen Rechte vorkommende Einschränkung des gedachten Eides für den Fall des Ungehorsams (contumacia) des verklagten Theils auf gewisse Gattungen von Klagansprüchen nach dem dermaligen gerichtlichen Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht mehr zur Anwendung geeignet, vielmehr die Zulassung zu dem gedachten Eid im Allgemeinen bei vorliegender Nichtbefolgung rechtskräftiger verurtheilender Erkenntnisse in der jetzt üblichen Fassung solcher Erkenntnisse und in dem Gerichtsgebrauche begründet ist;

jedenfalls aber vorausgesetzt wird, daß ein rechtskräftiges verurtheilendes Erkenntniß von der verurtheilten Partei schuldhafter Weise unbefolgt gelassen worden sey;

daß es jedoch an dieser Voraussetzung im vorliegenden Falle mangelt,

indem erst durch das O. A. G. Erkenntniß v. 16. May 1840 der Verklagte rechtskräftig verurtheilt worden, die Klägerin binnen 2 Monaten in die ihr verliehene Präbende einzusetzen und durch eben dieses Erkenntniß die vom Obergericht in dem Bescheide vom 3. September 1839 ausgesprochene Verurtheilung des Verklagten, die Klägerin wegen der vom 15. Juli 1835 an entbehrten Einkünfte zu entschädigen, Rechtskraft erlangt hat, vor der Behändigung des gedachten Erkenntnisses und beziehungsweise vor Ablauf der darin bestimmten zweimonatlichen Frist daher von einem dem Verklagten wegen Nichtbefolgung desselben zur Last fallenden Ungehorsam überhaupt die Rede nicht seyn kann;

daß, was nun die von der Zeit vom 15. Juli 1835 an bis zum Erkenntnisse vom 16. May 1840 zu leistenden Entschädigung betrifft, da deren Betrag erst der gerichtlichen Festsetzung in Folge eines Liquidations-Verfahren bedarf, vor einem hierüber zu ertheilenden Erkenntnisse ein Ungehorsam in Leistung dieser Entschädigung sich nicht annehmen läßt;

einem in Nichtbefolgung des mehrgedachten Erkenntnisses, so weit es die Verurtheilung zur Einsetzung der Klägerin in die ihr verliehene Präbende enthält, zu unterstellenden Ungehorsam aber der unbestrittene Umstand entgegentritt, daß der Verklagte zur Befolgung dieser Verurtheilung sich außer Stand befunden hat, weil die der Klägerin in dem erwähnten landesherrlichen Rescripte verliehene Präbende schon vor Anstellung der von der Klägerin erhobenen Klage in Folge eines ergangenen Erkenntnisses einer darauf Expectivirten hat eingeräumt werden müssen;

wodurch zwar die Verpflichtung des Verklagten, die Klägerin auch wegen der nach dem Erkenntniß vom 16. May 1840 entbehrten Einkünfte zu entschädigen, nicht aufgehoben, wohl aber die oben

gedachte Voraussetzung eines anzunehmenden Ungehorsams entfernt wird;

daß wenn gleich auch außer dem Fall eines durch unterlassene Befolgung rechtskräftiger Erkenntnisse bezeigten Ungehorsams die Zulassung einer Partei zum Würderungseide durch die dem Gegner zur Last fallende Böswilligkeit, oder dieser gleich zu achtende Fahrlässigkeit, begründet werden kann, im vorliegenden Falle doch die ausgesprochene Verurtheilung die Vergütung eines Schadens, welcher der Klägerin auf solche Weise von dem Verklagten zugefügt worden sey, nicht zum Gegenstande hat;

daß hiernach der Klägerin obliegt, den von ihr in Anspruch genommenen Betrag der in dem fraglichen Zeitraum vom 15. Juli 1835 bis dahin 1842 entbehrten Geldeinkünfte der ihr verliehenen Stiftspräbende zu liquidiren und daß solcher sich auf jährlich 300 Rthlr., oder in dem ganzen Zeitraum überhaupt auf die Summe von 2100 Rthlr., belaufen habe, zu beweisen und dieser Beweis ihr anstatt der vom Obergericht erkannten Zulassung zum Würderungseide nachzulassen beziehungsweise aufzulegen ist" [90]).

§. 8.

3. Nothwendigkeit einer Schätzung des Schadens.

Wenn es um eine bereits in Geld bestimmte Leistung sich handelt, kann eigentlich von einer Selbstschätzung nicht die Rede seyn; es wäre denn, daß dabei die nähere Bestimmung eines weiter gehenden Interesses in Betracht käme [91]). Es muß daher allerdings der Verlust des Klägers von der Art seyn, daß eine Schätzung desselben nach der Beschaffenheit des Objectes als nothwendig sich darstellt [92]).

§. 9.

IV. Richterliche Prüfung des Antrags und Verfügung darauf.

Stellt sich, nach Maaßgabe der bisher angedeuteten Grundsätze,

---

90) Fisc. Pr. g. Wiederhold [9442] 29/1 1845.

91) l. 3 D. de in lit. jur.: »Nummis depositis judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque, quod sua interfuit: cum certa sit nummorum aestimatio; nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse.« Malblank, l. c. p. 204.

92) Bayer, Vorträge ꝛc., S. 409.

das vom Kläger an den Tag gelegte Erbieten zur Ausschwörung des Schätzungseides in der einen oder andern Beziehung als unbegründet dar, so wird der Antrag zurückgewiesen. Außerden früher in dieser Hinsicht angedeuteten Fällen ist beispielsweise noch ein weiterer hier anzuführen.

Es hatte eine Handlung aus der Lieferung einer gewissen Quantität hessischer Pottasche gegen den Empfänger geklagt. In Folge der Verhandlungen wurde ihr der Beweis auferlegt: daß der höchste Preis des gedachten Artikels seit dem — bis zum — $15^2/_3$ Rthlr. oder wie viel weniger für den Zentner zu D. gewesen sey. Zugleich wurde angenommen, daß dieser Beweis alsdann erbracht sey, wenn dargethan seyn werde, daß Pottasche von derjenigen besten Qualität, wie solche in Hessen insonderheit in der Gegend von B. fabricirt werde, den zu erweisenden Preis in D. gehabt habe. Die Klägerin offerirte sich, zur Führung dieses Beweises, zum Schätzungseide; es wurde aber dieser Antrag in der dritten Instanz verworfen, "weil die Voraussetzungen dieses Eides von der Klägerin nicht dargelegt worden seyen, derselbe daher als ein im vorliegenden Falle zulässiges Beweismittel nicht anzusehen sey" [93]).

Ist andererseits bei dem gestellten Anerbieten nichts zu erinnern, — in welcher Hinsicht namentlich aus dem Stande des Verklagten, z. B. als Standesherr [94]), kein Hinderungsgrund zu entlehnen ist, — so wird der Schätzungseid zugelassen. Es liegt hier ein Gegenstand vor, welcher lediglich der richterlichen Beurtheilung anheim fällt [95]) und deren Resultat deshalb dem Angriffe mittelst der Richtigkeitsbeschwerde nicht unterliegt [96]).

Die Formel geht, nach dem bereits früher Bemerkten, dahin: „daß und welchen Werth die näher zu bezeichnenden Gegenstände gehabt haben"; z. B. — wie in dem früher, S. 427, angeführten Falle,

---

93) Gößling g. Lipproß [6896] 26/11 1842.

94) Ein solcher hatte aus diesem Grunde die Zulässigkeit des Schätzungseides bestritten. Es bezog sich das wahrscheinlich auf das dem letzteren inne wohnende Merkmal einer Strafe für den Gegner des Schwörenden. Inzwischen wurde dieser Einwand vom O. A. Gerichte zurückgewiesen, „weil der Stand des Verklagten keinen rechtlich begründeten Einwand wider die Zulassung des Klägers zum Schätzungseide bilde", Isenburg g. Koch [8869] 10/4 1844.

95) l. 4 §. 1, l. 5 §. 1 D. de in litem jur.

96) Kilian g. Rosenthal [1155] 3/11 1847.

— dahin: „daß der Wirth in einer gewissen Zeit ein bestimmtes Maaß an Getränk verzapft und der Preis des letztern so und so viel betragen habe“ [97]). Der Rechtsnachtheil, welcher mit der Auflegung dieses Eides [98]) verbunden wird, ist der gewöhnliche, bei Eidesauflagen vorkommende, der Eidesverweigerung resp. der Androhung, daß einseitig werde vorgeschritten werden [99]).

§. 10.

V. Grenzen des Taxations-Werths.

Den Gedanken, welcher einer solchen Schätzung zum Grunde liegt, findet man bereits in dem Mosaischen Rechte, in einem speciellen Falle, dahin nämlich ausgedrückt, daß der in seinem Weibe mit verletzte Ehemann den Schaden fordern kann, Richter aber ihn feststellen sollen [1]); und daher haben denn auch ältere Bearbeiter dieses Theils der Eideslehre [2]) aus dieser Quelle mit die Begründung des Schätzungseides entlehnen zu können geglaubt.

Es setzt nun, nach dem römischen Rechte, diese eidliche Schätzung, ihrer Natur nach, voraus, daß der Beschädigte ein von dem gemeinen Werthe einer Sache unabhängiges, sonstiges, Interesse mit in Anschlag zu bringen das Recht habe. Das ergibt sich namentlich aus dem bereits erwähnten und sich von selbst verstehenden Satze, daß, wenn bereits der Streitgegenstand die Werthbestim-

---

97) Isenburg g. Koch [8869] 10/4 1844. Vergl. die Formel in S. Allir g. Fisc. Pr. [7881] 27/4 1844.

98) Er ist also nicht zu verwechseln mit demjenigen, welcher in früherer Proceßlage dem Verklagten als Strafe seines Ungehorsams in Vollziehung des rechtskräftig ihn verurtheilenden Bescheids dahin angedroht wird, daß dem Kläger der Schätzungseid werde auferlegt werden, Baumann g. Landgrebe [7149] 1825.

99) Isenburg g. Koch [8869] 10/4 1844: „Wird auf den — Termin anberaumt, in welchem Kläger nach vorgängiger Eidesbelehrung durch seinen Seelsorger und darüber beigebrachtem Scheine, bei Strafe der Eidesverweigerung beziehungsweise Meidung einseitiger Abnahme, den angebotenen Schätzungseid dahin ausschwören soll, daß rc.“

1) 2. Mos. 21, 22: „Wenn sich Männer hadern und verletzen ein schwanger Weib, daß ihre Frucht abgeht und ihr kein Schade widerfährt, so soll man ihn um Geld strafen, wieviel des Weibes Mann ihm auflegt, und soll es geben nach der Theidings-Leute erkennen.“

2) z. B. Phanuc. tr. de jurejur. in lit. P. 1 cap. 3.

mung an sich trägt, wie z. B. eine bestimmte Geldsumme, von einer Schätzung überhaupt keine Rede seyn kann. Im Uebrigen dagegen ist über den Umfang, in welchem dieses Interesse für begründet anzunehmen sey, von den Rechtslehrern sehr viel gestritten worden. Diese Meinungs-Verschiedenheit bezieht sich vornämlich darauf, was man unter dem hier in Betracht kommenden Werth, der auf dem angegebenen Wege ermittelt werden soll, zu verstehen habe? ob darunter der gemeine, oder rein objective, durch den Marktpreis regelmäßig bestimmbare, Werth, also die aestimatio rei, das interesse commune; — oder aber das, in der Formel »quanti ea res est« ausgedrückte, interesse singulare; — oder endlich auch das, nach den speciellen individuellen Verhältnissen einer Person festzusetzende, interesse affectionis zu verstehen und bei dem Arbitrium oder der Selbstschätzung des Klägers in Betracht zu ziehen sey? Selbst die Vertheidiger der am weitesten gehenden Ansicht, wonach auch der Affections-Werth zu beschwören dem Verletzten überlassen bleiben müsse, sind doch darüber von den Gegnern nicht abweichend, daß, wie z. B. Glück [3]) sich ausdrückt, „gerade hier, wo die Willkühr des Klägers leicht die Grenzen einer vernünftigen Affection überschreiten kann", der Eintritt des richterlichen Ermessens nöthig erscheine. Steht aber dieß fest, kann also der Richter den Inhalt des Eides auf das seiner Ueberzeugung nach richtige Maaß zurückführen, dann muß man zugeben, daß, hiervon ausgegangen, die Entscheidung der Frage: ob der Verletzte die eine oder andere jener Werthbestimmungen zu bewahrheiten habe? von nicht hoher Bedeutung ist, indem nicht er, sondern der Richter schließlich festsetzt, welche derselben dem demnächst verurtheilenden Erkenntnisse zum Grunde zu legen sey. Welcher Standpunct aber von diesem dabei einzunehmen sey, darüber verbreitet einerseits das Verhältniß, in welchem er ursprünglich zu dieser Art der Schätzung sich befand, andererseits die Natur des Eides überhaupt das nöthige Licht.

Der judex schätzte, wie bereits früher (S. 405 fg.) erwähnt worden ist, vermöge der ihm vom Magistrate ertheilten Formel:

---

3) a. a. O. S. 434.

»quanti ea res est« und es hing von seinem Arbitrium ab, sich den Verletzten zu substituiren, oder nicht [4]). Taxirte er selbst, so handelte es sich dabei nur um Ermittelung der Wahrheit. Es erhellt dieser alleinige Zweck seiner Thätigkeit unzweideutig aus den Gesetzen, in welchen seine Cognition »de veritate« gleich gestellt wird dem Ergebniß, welches »argumenta liquida« liefere [5]), und worin die ganze Bedeutung der Clausel »quanti ea res erit«, »quanti eam rem esse paret« in nichts Anderem, als in der »vera rei aestimatio« gefunden wird [6]). Darüber, daß er dieser seiner Obliegenheit, wie überhaupt seinem Officium, nachkommen wolle, leistete der judex vor dem Anfange der Verhandlungen einen Eid [7]). Nimmt man nun hierzu, daß »affectiones« und »utilitates singulorum« von der aestimatio rerum überhaupt gänzlich ausgeschlossen seyn sollen [8]), so wird man zugeben müssen, daß der judex auf den Affectionswerth der von ihm zu schätzenden Sache Rücksicht nicht habe nehmen dürfen. Zu einem gleichen Ergebnisse wird man denn insbesondere auch für den Richter heutigestages gelangen müssen, da, nach der Bedeutung des auch von ihm geleisteten Eides, so wie bei den hier nicht eintretenden Voraussetzungen eines Glaubenseides, nur die Ermittelung der

---

4) l. 5 §. 1 D. de in litem jur.: »Sed judex potest praefinire certam summam, usque ad quam juretur: licuit enim et a primo nec deferre.«

5) l. 2 C. de in litem jur. (5. 53). Es ist hier von der nicht aus Dolus, oder Betrug rc unterbliebenen Auslieferung von Vormundschafts-Papieren Seitens des Erben des Vormunds die Rede und wird darin bestimmt, daß das jusjur. in litem hier nicht stattfinden soll, so wie, daß »omissa jurisjurandi facultate, judex de veritate cognoscet: quae etiam argumentis liquidis investigari potest.«

6) l. 179 D. de verb. sign. (50. 16).

7) Schweppe, röm. Rechtsgesch. §. 544

8) l. 33 D. ad leg. Aquil. (9. 2): »— Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi;« l. 62 §. 1 D. ad leg. Falc. (35. 2): »Corpora, si qua sunt in bonis defuncti, secundum rei veritatem aestimanda erunt, hoc est secundum praesens pretium; nec quicquam eorum formali pretio aestimandum est sciendum est.« Aehnlich lautet: l. 63 D. eod.; l. 1 §. 15 D. si quid in fraud. patroni (38 5).

Wahrheit, also eines nach objectiv erkennbaren Merkmalen fest-zustellenden Zustandes, den Gegenstand seiner amtlichen Thätigkeit bei dieser Abschätzung bildet.

Damit ist indessen das Interesse bei Beantwortung der Frage nach dem Maaßstabe bei der Selbstschätzung, dem Arbitrium des Verletzten selbst, nicht beseitigt. Die Nachweisung, daß nicht blos der objective Werth, die aestimatio rei, der Marktpreis, der in Betracht kommende sey, sondern ein näher auf sein individuelles Bedürfniß sich beziehendes Interesse jenen Werth nothwendig bestimmen und steigern müsse, würde immer noch deshalb von Interesse seyn. Es ergibt sich dieß daraus, daß der Verletzte zwar ebenwohl den wirklichen Werth der Sache zu beschwören hat, jedoch seine Lage bei dieser Schätzung eine von der des Richters sehr verschiedene ist, indem, während dieser lediglich den objectiven Normen für sein Urtheil folgt, jener den Gründen seiner subjectiven Ueberzeugung bei der Selbstschätzung nicht allen Einfluß zu versagen im Stande, dazu auch nicht verpflichtet ist. Der Grund davon findet sich schon in Beziehung auf ein anderes Verhältniß angegeben, »nam id quod poenae causa adcrevit, in legem Falcidiam non incidit« [9]). Wider den Verklagten ist also, eben so wie bei der actio de dolo und quod metus causa [9a]), der rei vindicatio [10]), bei dem interdictum quod vi aut clam [11]) ꝛc.,

---

9) l. 60 §. 1 D. ad leg. Falc. (35. 2).

9a) Bei diesen heißt es »certa quantitas non adjicitur ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit«, l. 18 pr. D. de dolo (4. 3).

10) Wird der Verurtheilung zur Herausgabe einer Sache nicht Folge geleistet und solche officio judicis dem Condemnirten abgenommen, so beschränkt sich alsdann die Verurtheilung auf die Früchte und die omnis causa. Liegt der Grund der unterbliebenen Restitution darin, daß er arglistig dazu außer Stand sich setzte, dann wird er in soviel verurtheilt, als der Gegner sine ulla taxatione und zwar in infinitum in litem beschwören kann. Kann er, ohne dabei in dolo sich zu befinden, die Herausgabe nicht vollziehen, dann ist er in »non pluris quam (quanti) res est, i. e. quanti adversarii interfuit« zu verurtheilen, l. 68 D. de rei vind. (6. 1).

11) l. 15 §. 7 D. quod vi aut cl. (43. 24): »Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse.«

die Folge die, daß die Verurtheilung sich steigert, je nachdem jener in contumacia oder in dolo s. culpa lata sich befindet; wohingegen im Fall nur culpa levis vorliegt, als Strafe erkannt wird, daß der Kläger „ultra rei pretium“ seinen Anspruch erweitern könne; es wird dieß aber nicht, wie ausdrücklich hinzugefügt wird, als eine Erhöhung des Werths der Sache, sondern als eine Strafe für den Gegner betrachtet [12]).

Es gilt also hier der auch allgemein als Regel anerkannte Satz [13]), der Kläger sey befugt, auch ein singuläres Interesse zu beschwören, wobei nur in wenigen Fällen die Beschränkung der Schätzung auf die Sache selbst gesetzlich vorgeschrieben ist; einmal nämlich bei den actiones stricti juris [14]), und sodann bei den auf ein Mehrfaches (duplum etc.), als Aequivalent des zu ersetzenden Schadens, gerichteten Klagen [15]). Daher tritt denn auch selbst v. Schröter [16]), welcher doch die Unzulässigkeit einer Schätzung des Affectionswerths durch den Verletzten in der neuern Zeit vorzugsweise vertreten hat, dem Zeugnisse des die gegentheilige An-

12) l. 1 D. de in lit. jur. (12. 3): „Rem in judicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere (condemnatio) potest, (ex) contumacia non restituentis, per jusjurandum in litem; non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium“, l. 2 D. eod. Danach wird, wenn nur culpa (levis) des zur Herausgabe Pflichtigen vorliegt, die sonst gewöhnliche Schätzung, wenn dagegen contumacia oder dolus, alsdann die Zulassung des Verletzten zum Schätzungseid erkannt. Nach l. 8 D. eod. soll, wenn der zur Herausgabe von, seinem Mündel gehörigen, Sachen pflichtige Vormund, jener sich weigert, der Betrag der Verurtheilung hierzu nicht nach dem Werthe dieser Gegenstände (quanti res est), sondern nach dem Ermessen des Eigenthümers („quanti in litem juratum fuerit“) bestimmt werden, „non est aequum pretio (i. e. quanti res est) litem aestimari cum et contumacia punienda sit: et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem juranti concessa.“

13) l. 10 D. de in lit. jur.: „— actori permittitur in litem jurare, quanti sua interest.“

14) l. 5 §. 4 D. de in lit. jur.: „— veluti si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit: quia judex aestimare sine re(de)latione jurisjurandi, non potest rem, quae non extat.“

15) l. 9 D. de in lit. jur.: „Cum furti agitur: jurare ita oportet, tanti rem fuisse, cum furtum factum sit —.“

16) a. a. O. S. 359.

ſicht vertheidigenden Glück [17]) dahin: es seyen darüber alle einig, daß der Verletzte sein singuläres Interesse beschwören könne, insofern bei, als er bemerkt: „Der Kläger hatte zwar ebenfalls den wirklichen Werth zu beschwören; da er aber dabei nur auf seine Ansicht von der Größe desselben verwiesen war, so konnte seine subjective Schätzung leicht den objectiven Werth übersteigen".

Die streitige Frage ist demnach vornämlich nur die: Ob beim Schätzungseide neben jenem Interesse auch das einer besondern Affection, der Werth in dem Falle also zu beschwören sey, wenn, wie es in den Gesetzen [18]) heißt: »— res animo potius et affectu, quam aliorum computatione aestimatur?«

Diejenigen, welche, wie Glück und die von demselben Genannten [19]), diese Frage bejahen, gehen bei dieser Annahme davon aus, daß, da einmal ein Affectionswerth in den Rechten anerkannt [20]) und von rechtlichen Folgen begleitet sey [21]), diese bei Verhältnissen, in welchen es auf Billigkeit ankomme, vor Allen eintreten müßten, und gerade in dem Falle, wo es sich, wie beim juram. in litem, um Erreichung voller Entschädigung handle, nicht hätten ausgeschlossen seyn können, in der That aber auch nicht ausgenommen worden seyen, indem die verschiedenen hier einschlagenden, theilweise bereits früher erwähnten, gesetzlichen Vorschriften, in welchen von einem »ultra rei pretium aestimare« [22]), von einem »crescere« der condemnatio [23]), von einem »sine ulla taxatione in infinitum jurare« [24]) ꝛc. die Rede sey, nur in dem angedeuteten Sinne verstanden werden könnten.

Dawider hat denn aber, wie Andere bereits früher [25]), auch

---

17) a. a. O. S. 424.

18) l. 36 in f. D. de bonis libert. (38. 2).

19) a. a. O., S. 429 fg.

20) Es wird sich dabei bezogen auf: l. 63 D. ad l. Falcid. (38. 2), und l. 54 D. de leg. 2.

21) l. 35 D. de minor. (4. 4); l. 6 pr., l. 7 D. de serv. export. (18. 7); l. 54 pr. D. mand. (17. 1).

22) l. 1 D. de in lit. jur.

23) l. 1 D. cit.

24) l. 68 D. de rei vind. (6. 1).

25) Wirschinger, Theorie des Juram. in litem (Landsh. 1806) §. 66,

in dieser Beziehung vornämlich v. Schröter die Verneinung jener Frage mit schlagenden Gründen dargelegt. Als Ausgangspunct auch dieses Theils seiner bereits in Bezug genommenen Ausführung[26]) ist das Verhältniß anzusehen, in welchem der sein Arbitrium, die Selbstschätzung, vornehmende Verletzte zu dem Richter ehedem beziehungsweise jetzt noch steht. Beide schätzten, nach der von dem zuletzt genannten Schriftsteller in Bezug genommenen Gesetzesstelle[27]), das »quanti ea res est«, »quanti uniuscujusque interest«, der judex nach dem »quod in veritate est, argumentis liquidis, probatione«, der Kläger durch seinen Eid. Beide Schätzungen hatten mithin denselben Zweck, den wirklichen Werth der Sache, das wirkliche Interesse des Verletzten festzustellen. Der Unterschied beider bestand nur darin, daß dort lediglich objective, hier auch subjective Gründe das Urtheil motivirten Die Uebereinstimmung aber war die Richtung beider auf Wahrheit; und das Streben hiernach schloß bei der Schätzung des Verletzten, wie bei der des Richters, die reine Willkühr aus[28]). War also, wie oben (S. 444) bemerkt, dem Richter ausdrücklich untersagt »affectiones« und »utilitates rerum« bei der aestimatio rerum zu berücksichtigen, so lag es nahe, bei einem Verhältniß, in welches der Verletzte an die Stelle des Richters trat, auch für jenen ein Gleiches anzunehmen. Hiervon ausgegangen hat das »ultra rei pretium aestimare«, gleich dem »crescere« der »condemnatio« und dem »in infinitum jurare«, keine solche Bedeutung, welche der Annahme der Zulässigkeit einer willkührlichen Taxation günstig wäre, vielmehr nur die, daß das subjective Urtheil des Klägers den objectiven Werth überschreiten kann. Nur dieß ist denn auch unter dem »arbitrium judicis«, der Selbstschätzung[29]) zu verstehen. Wenn nach den (S. 447. Not. 20 fg.) bezeichneten Stellen die Affection berücksichtigt werden soll, so liegt denselben nicht der Gedanke zum

---

68, 82 fg.; Drummer, Theorie d. Würd.-Eids (Landsh. 1806) §. 14, und Andere.

26) a. a. O., S. 395.

27) l. 3 §. 11 D. uti possid. (43. 17).

28) Schröter, a. a. O., S. 398, 401.

29) z. B. in l. 18 pr. D. de dolo malo (4. 3).

Grunde, einen Maaßstab der Aestimatio darzubieten, welcher um so weniger anzunehmen steht, als Affectionen keine in Geld zu veranschlagende Objecte sind, und daher auch ausdrückliche, eine solche Schätzung zulassende, Bestimmungen in den Gesetzen sich nicht finden. Die Vorschrift dahin, daß wenn von einer festgesetzten Geldsumme die Rede ist, der Schätzungseid wegfallen soll, würde denn auch nicht zu erklären seyn, wenn man die Zulässigkeit eines Schwörens mit willkührlicher Schätzung annehmen könnte. Dazu kommt denn noch, daß hier ein Fall vorläge, in welchem nie ein Meineid begangen werden könnte, auf dessen Möglichkeit doch in den Gesetzen [30]) ausdrücklich hingewiesen wird [31]).

Zweites Kapitel.

§. 11.

Der Zenonische Eid [32]).

Wenn früher, vor Erlassung der auf diesen Eid speciell sich beziehenden und gleich näher zu erwähnenden Verordnung, der Fall eintrat, daß dem Kläger, in Folge gewaltsamer Entsetzung aus dem Besitze eines Grundstücks, bewegliche Sachen beschädigt oder entzogen wurden, so war demselben alsdann das jusjurandum in litem gegeben, welches namentlich auch bei allen restitutorischen Interdicten angewendet wurde [33]), vorzugsweise aber auch bei dem interdictum quod vi aut clam und der metus causa actio stattfand [34]).

In Beziehung auf diesen letzteren Eid ist nun die, auch hinsichtlich des Umfangs des Zenonischen Eides erhebliche, Meinungs-Verschiedenheit unter den Rechtslehrern von Interesse. Nach der einen wird nämlich angenommen, es habe der Kläger in jenem

30) l. 4 pr. D. de in lit. jur.

31) Schröter, a. a. O., S. 399 fg.

32) Ueber die Literatur vergl.: Glück, Com. Th. XII S. 473 Not. 47; Linde, Civilproc. (6. Aufl.) §. 313 Not. *.

33) l. 60 D. de rei vind. (6. 1).

34) l. 15 § 9 D. quod vi aut cl. (43. 24); l. 18 pr. D. de dolo (4. 3).

Falle des jusjur. in litem nur die gewaltsame Besitzentsetzung aus dem Grundstücke zu beweisen gehabt und sey alsdann ohne Weiteres zur eidlichen Erhärtung seines Interesses zugelassen, welches dann die Einbüßung jener Mobilien, zugleich aber die Größe des dadurch erlittenen Schadens umfaßt habe [35]). Nach der andern hingegen war der Kläger nur diesen Werth des Schadens zu beschwören befugt, mußte aber die Existenz des letzteren in anderer Weise zuvor darthun [36]). Es erhellt die Wichtigkeit dieses Unterschieds daraus, daß nach jener Ansicht im Wesentlichen bereits für den Kläger genügend gesorgt, — nach dieser hingegen der Fall der war, daß der Kläger zur Leistung des Schätzungseids oft gar nicht kommen konnte, weil ihm die Nachweisung der Existenz des Schadens unmöglich fiel, wo denn also eine durch den Zenonischen Eid dargebotene Abhilfe besonderes Bedürfniß war. Für Hessen ist, wie bereits oben (S. 424 fg.) erwähnt, für diese zweite Meinung sich entschieden worden; und es fragt sich, nach dieser Andeutung, nunmehr, welcher Vortheil für den Verletzten nach dem späteren Rechte, wie es auf uns übergegangen, durch jenen Eid eingeführt worden sey.

Derselbe leitet seine Benennung vom Kaiser Zeno her, indeß ist wohl erst seit A. Faber [37]) der Name Zenonischer Eid üblich geworden. Nicht unerheblich, auch für den Umfang des letzteren und die Absicht, welche der Kaiser bei Erlassung der deshalbigen Verordnung gehabt haben mag, ist der Umstand, daß solche in dem Jahre darauf erlassen worden ist, nach welchem er selbst, von einem Aufrührer Basiliscus aus Constantinopel vertrieben, nach Isaurien, seiner Heimath, flüchten und 1 2/3 Jahr abwesend bleiben mußte, worauf erst mit Waffengewalt es ihm gelang, zum Sitze seiner Regierung zurückzukehren, allwo jener unterdessen mit Räubereien große Verwüstung angerichtet hatte. Einzelne Ausdrücke in dem Gesetze scheinen auf diese Vorgänge hinzuweisen. Es lautet übrigens dasselbe folgendermaßen:

---

35) Schröter, a. a. O., S. 409.

36) A. Faber, decad. 8 err. 10 n. 1.

37) l. cit. decad. 18 er. 8 et 9. Ihm sind in soweit Hilliger ad Donell. lib. 26 c. 6 lit. C.; Lauterbach, coll. th. pr. tit. de in lit. jur. th. 23 etc. gefolgt.

„Si quando vis in judicio fuerit patefacta deinde super rebus abreptis, vel invasis, vel damno dato tempore impetus quaestio proponatur: si non potuerit qui vim sustinuit, quae perdidit singula comprobare: taxatione a judice facta pro personarum atque negocii qualitate, sacramento aestimationem rerum quas perdidit, manifestet: nec liceat ei ultra taxationem a judice factam jurare: et quod hujusmodi jurejurando dato fuerit declaratum, judicem condemnare oportet“ [38]).

Betrachtet man die einzelnen, vornämlich in Betracht kommenden, Ausdrücke dieser Stelle, so ist zunächst unter der „vis“ eine von menschlicher Thätigkeit herrührende, verbotene und ungerechtfertigte [39]) zu verstehen, durch welche der Verletzte aus dem Besitze einer unbeweglichen Sache vertrieben [40]) und der darin befindlichen Mobilien verlustig geworden ist [41]). Unter dem „si quando — patefacta“ ist die Voraussetzung verstanden, unter welcher das dargebotene Rechtsmittel in dem gegebenen Falle überhaupt zur Anwendung kommen soll, und ist es darum erforderlich, daß dem Gerichte über die Existenz der „vis“ selbst kein Zweifel gelassen wird [42]). Die Worte „abreptis, invasis, vel damno dato tempore impetus“ deuten auf den dolus malus [43]) hin. Indem aber die Besorgniß des Verletzten zur „aestimatio“ nicht blos auf den Preis, sondern auch auf die Substanz und Zahl der abhanden gebrachten Mobilien erstreckt ist, wird damit der Hauptgrund des Gesetzes: eine Ahndung wider den Verklagten durch Erleichterung der Beweisführung des Klägers mittelst des Eides darzubieten [44]), zur Genüge bezeichnet.

Im canonischen Rechte wurden dessen Bestimmungen wieder-

---

38) l. 9 C. unde vi (8. 4).

39) l. 3 §. 1 D. quod met. caus. (4. 2). Plotus, tr. de in lit. jur. §. III.

40) §. 1, 2 J. de vi bon. rapt. (4. 2); l. 5 D. de vi et vi arm. (43. 16).

41) Duaren., ad l. 5 §. 4 D. de in lit. jur. n. 50.

42) Plotus, l. cit. §. II.

43) l. 5, 6 C. unde vi (8. 4); Plotus l. c. §, II, 1. 21.

44) Plotus, l. cit. §. IV n. 7, 20; Mascard, de probat. vol. II concl. 472; Faber, decad. VIII er. 8 n. 4.

holt. Schon Gregor d. Gr.[45]) hielt es, offenbar im Rückblick auf die Zenonische Verordnung, in einer ihm vorgelegten Streitsache zwischen einem Grafen und einem Bischof, für billig, „ut gloriosus Comitiolus, quicquid praedictus Episcopus (Januarius) per violentiam, atque insecutionem ipsius, expendisse, vel damnum pertulisse, dato Sacramento firmaverit, eidem Episcopo restituere compellatur." Gregor IX. dagegen schrieb, in wesentlicher Uebereinstimmung mit jener Verordnung, vor[46]): „Super eo, quod adversarius vester se conquerebatur, a vobis per violentiam spoliatum, arbitramini, contra vos fuisse injuste processum, cum non nisi proprio juramento probaverit singula, quae amisit. Verum, postquam de violentia per testes, et de amissis rebus per ipsius constiterit Sacramentum: potuit judex, taxatione ab ipso facta, pro personarum ab negotii qualitate, vos, in aestimatione rerum amissarum juramento adversarii declarata, rationabiliter condemnare."

Was zunächst die rechtliche Natur dieses Eids betrifft, so stellt er sich als ein Wahrheitseid dar[47]), dergestalt, daß weder von einem Glauben in Beziehung auf die Sachen selbst und den erfahrenen Schaden, noch von einem Affectionswerth rücksichtlich des Preises[48]) die Rede seyn kann. Im Uebrigen gilt auch hier, wie beim jusjur. in litem, der Satz, daß der Richter nicht ohne Erbieten von Seiten des Klägers, also nicht von Amtswegen, den Eid auferlegen darf[49]) und daß ein Procurator, in Ermangelung einer Kenntniß des Schadens und der abhanden gebrachten Mobilien, hier eben so wenig wie beim jusjur. in litem den Kläger beim Eid vertreten darf[50]). Die Klagen, in Beziehung auf welche der letztere vorzukommen pflegt, sind diejenigen, welche

---

45) lib X epist. 50; aufgenommen in das decretum Gratiani can. 7 C. 2 qu. 1.

46) cap. 7 X. de his, quae vi metusve causa. (1. 40).

47) Brunnemann, process. cap. 23 num. 45.

48) Linde, a. a. O., §. 313 und die Literatur in der Note 17.

49) Plotus, l. c. §. 50 n. 8. — A. M. Mevius, P. IV. dec. 322.

50) l. 7 D. de in lit. jur.; l. 18 D. de jurejur.

auf eine vis oder violentia sich beziehen, z. B. das interdictum unde vi und de vi et de vi armata, welche auf Restitution nicht blos der gewaltsam abgenommenen Grundstücke [51]), sondern auch der daneben entfernten Mobilien [52]) gerichtet werden, woneben ihm jedoch in diesem letzteren Fall die Wahl zwischen jenem Rechtsmittel und der actio ad exhibendum [53]), sowie den andern für solche Fälle gegebenen Klagen [54]), wie das interdictum quod vi aut clam [55]), die actio quod metus causa [56]) und dergleichen frei stand. In der hessischen Praxis kamen einige Fälle vor, in welchen die Gewaltthätigkeit sowohl wider Sachen, unbewegliche und Mobilien, als auch gegen eine Person gerichtet worden war, und im einen wie im andern Falle der in Rede stehende Eid für anwendbar erklärt wurde. In der ersteren Beziehung sind insonderheit die nachstehenden Rechtsfälle Nr. 1 und 2 (S. 460 fg.), in der letzteren aber der Rechtsf. Nr. 2 speciell zu erwähnen, in welchem es sich um eine grobe Körperverletzung handelte. Diese Beispiele bieten besondere Veranlassung dar, Einiges über die Voraussetzungen des in Rede stehenden Eides weiter zu bemerken.

I. Nach dem angegebenen Inhalte der Zenonischen Constitutio muß, ehe es zu diesem Eide kommt, feststehen, daß eine „Gewalt" vorliege. Die vis muß »patefacta«, d. h., wie die Glosse [57]) erläuternd hinzufügt, »liquido probata« seyn; was z. B. außer Zweifel gestellt wird durch das Geständniß des Beklagten, was dem

---

51) l. 1 §. 3, 31, 35, 42; l. 3 D. de vi et vi arm. (43 16).

52) l. 1 §. 32 D. eod.: »Si fundus, a quo vi expulsus sim, mihi restitutus esset, caeterae vero res, quae vi ablatae sunt, non restituantur; hic dicendum est, interdictum nihilominus tenere, quia verum est, vi esse dejectum —.«

53) l. 1 §. 32 cit.

54) l. 7 C. unde vi (8. 4); — c. 18 X. de rest. spol. (2. 13); can 3, C. 3 qu. 1.

55) l. 15 §. 9 D. quod vi aut cl. (43. 24): »Sed quod interfuit, aut per jusjurandum, quod in litem actor juraverit, aut si jurare non possit, judicis officio aestimandum est.«

56) l. 21 §. 6 D. quod met. c. (4. 2). — Mascard de prob. vol. I concl. 471 n.; vol. III concl. 1132 n.; Plotus, l. cit. §. III n. 7 §. XXII. Vergl. jedoch die Glosse zu c. ult. X. de his quae vi met. (1. 40).

57) ad l. 9 C. cit.

Judicate gleichstehet[58]); durch Notorietät[59]) rc.; außerdem aber muß darüber sonstiger Beweis geführt werden[60]), z. B. durch Zeugen[61]) Urkunden[62]); wobei jedoch die Rechtslehrer weniger streng in dem Fall waren, wo es sich um einen schwer zu führenden Beweis, z. B. von einem Falle handelt, in welchem die Gewaltthat zur Nachtzeit, oder an einem einsamen Orte verübt wurde, indem man hier auch leviores probationes, durch praesumtiones, testes non omni exceptione majores, wie Dienstboten, Hausgenossen, selbst Eltern zulassen zu dürfen glaubte[63]) und, der Analogie nach, bei unvollständigem Beweis die Nachlassung des Ergänzungseides für statthaft hielt.

II. Unter Voraussetzung der Verübung einer Gewalt ist sodann, wie bemerkt, darüber kein Zweifel, daß hier ein Dolus obwalte[64]); ob auch, daß irgend ein und welcher speciell zu bezeichnender Schaden gestiftet worden, darzuthun sey? läßt sich nicht stets[65]) behaupten. Ist z. B. der A. in das Grundstück des B. gewaltsam eingedrungen, so fragt es sich hier, ob jener beweisen müsse, daß daraus ein Schaden entstanden, in Folge dessen Mobilien abhanden gebracht worden seyen? oder, ob es genügt, anzuführen, daß gewisse Gegenstände dieser letzteren nicht mehr sich vorfänden, oder daß ein Schaden angerichtet worden sey? Oder, es wird der A. vom B. unterwegs angegriffen und er richtet demnächst seine Klage darauf, daß ihm Vermögensstücke von dem letzteren abgenommen worden seyen; muß hier A., um zum Eid zugelassen zu werden, zuvörderst beweisen, daß er und welche Sachen bei sich getragen und daß und welche derselben B. an sich ge-

---

58) l. 1 D. de confess. (42. 2).

59) can. 7 C. 47 qu. 1; cap. 9 X. de accus. (5. 1); — Mascard, de prob. c. 1108.

60) Mascard, l. c. vol. IV const. 1328.

61) c. ult. X. de his, quae vi metusve caus. (1. 40).

62) Mascard, l. c. vol. I c. 461 n. 9; vol. IV c. 1417.

63) Plotus, l. c. §. IV n. 37.

64) l. 2 §. 8 D. de vi bon. rapt. (47. 8).

65) In dem Falle freilich ist das unzweifelhaft, wo z. B. die ganze Gewalt auf das Abhandenbringen von Mobilien oder Moventien sich beschränkt, z. B. eine Viehheerde fortgetrieben ist.

nommen und behalten habe? Ueber die Nothwendigkeit eines solchen Beweises der Schadensstiftung kann allerdings nach der Wortfassung der angezogenen Stellen des römischen[66]), nicht aber nach der des canonischen Rechtes[67]) gezweifelt werden[68]).

III. Dagegen muß allerdings der Kläger außer Stande sich befinden, den Verlust einzelner Gegenstände darzuthun; namentlich steht, zufolge der in Hessen in letzter Instanz gebilligten Ansicht[69]), mit Rücksicht auf die Worte: »si non potuerit, qui vim sustinuit, singula, quae perdidit, comprobare«[70]), dieses Erforderniß fest. Der in Rede stehende Eid ist sonach nur subsidiärer Natur[71]); es ist erst in Ermangelung sonstigen Beweises in dem Fall also nur dazu zu schreiten, wenn es sich von einem Falle handelt, in welchem der Verletzte nicht in der Lage sich befand, rücksichtlich des demnächst zu führenden Beweises der Gewaltthat und ihrer Folgen sich vorzusehen, unter welcher Voraussetzung die einfache Bezugnahme auf jene als genügend sich darstellt[72]). Man würde demnach anzunehmen haben, daß der Verklagte mit Rücksicht auf die Existenz weiterer Beweismittel die Leistung des Eides abzuwenden befugt seyn müsse[73]). Hiernach müßte man denn allerdings zu der Annahme kommen, daß mit dem Zenonischen Eide nicht sowohl eine Begünstigung des Verletzten, sondern vielmehr, nach der einen der im Eingang dieses §. rücksichtlich des früheren Rechtszustandes angeführten Ansichten, eine Erschwerung für denselben insofern eingeführt worden sey,

66) l. cit. verb.: »deinde super etc.«

67) l. cit. verb: »et de amissis rebus per ipsius constiterit sacramentum«.

68) Hilliger, ad Donell. l. 26 c. 6 lit. C.; Mascard de prob. vol. IV c. 1328 n. 8; Glück, a. a. O., S. 477.

69) Vergl. den nachfolgenden Rechtsf. Nr. 1, in welchem, außer der Verübung der Gewalt, als zweites Erforderniß des Zenonischen Eids ausdrücklich die Unmöglichkeit des Beweises, welche einzelne Gegenstände dem Verletzten abhanden gebracht worden seyen, erfordert wird.

70) Glück, Com. Th. 12 S. 476.

71) Linde, Civilproc. §. 313 Not. 15.

72) Bartol. ad l. 5 D. de in lit. jur.

73) Plotus, l. cit. §. II n. 8. Das richterliche Ermessen wird hier vornämlich entscheidend seyn.

als er nur unter Voraussetzung mangelnden Beweises des Schadens im Einzelnen des Eides sich zu bedienen befugt erscheine[74]).

IV. Was nun die einzelnen Gegenstände, auf deren Schätzung durch den Zenonischen Eid es ankommt, betrifft, so handelte es sich in dem nachstehenden Rechtsfalle Nr. 4 um eine Entschädigung für, in Folge von Mißhandlung und Zerstörung des Handwerkszeugs und dadurch herbeigeführter Erwerbsunfähigkeit, aufgewendete Kosten resp. eingebüßten Verdienst. Zur Feststellung des deshalbigen Anspruchs wurde der Zenonische Eid für ungeeignet erachtet. In den Fällen 1 und 3 war, abgesehen von Moventien, Mobilien und Fungibilien, insbesondere auch von einem bestimmt bezeichneten Geldbetrag[75]), namentlich von den Nutzungen einer mit dem gewaltthätig in Besitz genommenen Haus ꝛc. verbundenen Gerechtsame, eines Fährrechtes, die Rede; und in Beziehung auf den Rechtsf. Nr. 2 vom Ersatz der durch eine Körperverletzung eines Menschen, welchem ein Auge ausgeschlagen worden war, angeblich geschmälerten Erwerbsfähigkeit desselben. Da in diesem Falle ein Zeitraum von 25 Jahren seit der verletzenden Handlung und der Anstellung der Klage abgelaufen war, so ergab sich schon daraus allein die Schwierigkeit des nach dem Bisherigen dem Verletzten obliegenden Beweises. Davon wird gleich näher die Rede seyn. Es wird nämlich, damit es zum Zenonischen Eide kommen könne, weiter

V. erfordert, daß der Richter eine Schätzung des hier in Betracht kommenden Schadens vornehme. Angemessen ist es in dieser Hinsicht, wenn der Kläger alsbald bei Eröffnung des Rechtsstreits ein genau specificirtes Verzeichniß der ihm abhanden gebrachten Gegenstände, mit Hinzufügung ihrer Preise, überreicht. Der Richter hat alsdann »boni viri arbitratu«[76]) die Taxation

---

74) v. Schröter, a. a. O., S. 412.

76) Hier fällt, wie schon oben erwähnt worden ist, das jusjurandum in litem weg, l. 3 D. de in lit. jur. Wenn gleichwohl im Rechtsf. Nr. 3 der Zenonische Eid zur Nachweisung des Abhandenbringens der 7 Thlr. zugelassen wurde, so läßt sich das nicht anders erklären, als so, daß man annahm, es könne auch selbst die Existenz der Sache also nicht blos der Werth derselben dadurch festgestellt werden.

76) Mevius, P. VI dec. 378.

vorzunehmen, wobei ihn, mit Rücksicht auf die personae et negotii qualitas, in der ersteren Hinsicht vornämlich der Gedanke leiten wird, daß er den Eid auf ein nicht Höheres demnächst zulassen dürfe, als nach der durch die vorliegenden Umstände begründeten Wahrscheinlichkeit der Verletzte eingebüßt hat. Hier eröffnet sich der amtlichen Thätigkeit ein angemessener Wirkungskreis; und durch entsprechende Fragen an den Kläger über die Gründe seiner Wissenschaft, die Zahl der die Gewalt Verübenden, den Preis der in Betracht kommenden Gegenstände, einerseits, — so wie durch Hinzuziehung von Sachverständigen zur Feststellung des Schadens andererseits wird er eine genügende Grundlage für das weitere Verfahren zu bereiten im Stande und namentlich von Haus aus Uebelstände zu vermeiden fähig seyn, welche sich z. B. in dem Rechtsf. Nr. 1 in soweit darlegten, als im Laufe des Verfahrens darüber Unklarheit geblieben war, von welchen der zahlreichen Verklagten bei beiden und von welchen nur bei dem einen oder andern der beiden gewaltsamen Ueberfälle mitgewirkt worden war. Ist die richterliche Schätzung vollzogen, so ist die Folge, daß der Kläger solche bei s e i n e r demnächstigen Taxation nicht überschreiten darf, dergestalt, daß der Verklagte in diese vom Kläger beschworene Summe, mag sie die richterliche Schätzungssumme erreicht haben, oder unter derselben geblieben seyn, verurtheilt werden soll. Die richterliche Schätzung ist also hier die Hauptsache, und nur zur Begründung möglichster Sicherheit folgt ihr die eidliche Schätzung des Klägers nach, so daß in die vom Richter bestimmte Summe nur insoweit, als diese durch die Schätzung des Klägers bestätigt wird, die Verurtheilung erfolgt. Hierin legt sich also eine weitere Verschiedenheit des in Rede stehenden Eides von dem jusjurandum in litem dar, indem bei diesem unter gewissen Voraussetzungen das Recht der Schätzung durch das des Richters ausgeschlossen wird. Der Umstand, daß der Kläger gleich im Voraus seinen Schaden auf eine bestimmte Summe angegeben und diese zu beschwören sich erboten hat, ändert an diesem Verhältnisse nichts; der Richter wird dadurch nur veranlaßt, seine Schätzung jedenfalls auf diese Summe zu beschränken, keinenfalls aber wird der Kläger damit von der Obliegenheit befreit, alle bei der Schätzung in Betracht kommenden Umstände so darzulegen,

daß der Richter im Stande sich befindet, eine geeignete Schätzung des entstandenen Vermögensverlustes nach dem gesetzlich ihm dargebotenen Maaßstab vorzunehmen. In dieser Beziehung ist insonderheit der nachstehende Rechtsfall Nr. 2 von Interesse. Es handelte sich, wie bemerkt, darin von dem Fall, in welchem einer, muthmaßlich noch nicht bejahrten, Mannsperson ein Auge ausgeschlagen worden war, weshalb sie nach einem Vierteljahrhundert erst ihren Schaden liquidirte und denselben zu beschwören sich erbot. Da es sich hier von der Verletzung eines freien Menschen handelte, so konnte von einer Schätzung des corpus laesum, als solchem, nicht, sondern nur von der der mitverletzten causa, d. h. aller der damit verbundenen Vermögens-Interessen [77]) die Rede seyn. Es verstand sich nun in dieser Hinsicht von selbst, daß die erfolgte Hinweisung auf eine „bessere Heirath" für den Fall den Verletzten nicht jene Deformität betroffen hätte, eben weil sie nicht nur als eine der honestas widerstreitende Beurtheilung der Ehe nach Vermögensvortheilen sich darstellt, sondern auch, weil es den bonos mores widerstreitet, während des Bestehens einer Ehe an die Möglichkeit einer andern zu denken, unerheblich erschien. Im Uebrigen nahm man zwar in diesem Falle die aus jener Körperverletzung hervorgegangenen Vermögens-Nachtheile für solche an, welche unter den gehörigen Voraussetzungen zur Nachlassung des Zenonischen Eides geeignet gewesen seyn würden, vermißte aber die deshalbige Darlegung. Besonders war es der Umstand, daß nicht erhellte, ob der Verletzte zur Zeit der Verletzung bereits das Gewerbe, die Schmiede-Profession, in dessen gehörigen Betriebe er durch jene Verletzung gehindert zu seyn behauptete, bereits erlernt gehabt habe, indem, wenn er seine Wahl erst nach der letzteren auf dieß, einem Augenleiden besonders nachtheilige, Geschäft gelenkt haben sollte, solches nicht ohne Vorwurf für ihn selbst geschehen seyn, der Nachtheil also, wenigstens zum Theil eben nur ihn, betroffen haben würde. Die Bestimmtheit der Angabe des Schadens erforderte denn auch die ebenwohl fehlende Angabe der Zeit, seit welcher der Verletzte jenes Gewerbe betrieben hatte, — ferner

---

77) l. 5 §. 3; l. 7 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2).

die seines eigenen Lebensalters, — und fehlte es sonach, in Ermangelung derselben, an dem zur Schätzung der durch die Körperverletzung herbeigeführten Nachtheile nöthigen festen Anhaltspuncte; — wozu denn noch endlich der Mangel der Angabe kam, wieviel ein Schmied an einem Orte, wie der Wohnort des Klägers (einem Dorfe), bei regelmäßiger Thätigkeit täglich, wöchentlich rc. im Durchschnitt verdiene und wie lange der Kläger seine Arbeit, wegen des Verlustes seines Auges während derselben, im Durchschnitt hätte aussetzen müssen.

VI. Wurde nun aber vom Richter der mit der Klage verbundene Antrag gebilligt und die Schätzung von ihm bewirkt, so kommt es alsdann zur Auflage des Eides [78]), welche ehedem entweder einfach auf solchen [79]), oder in Verbindung mit der eventuellen Verurtheilung [80]) stattfand.

---

78) Schneidewin, ad §. 19 J. de act. (vi bon. rapt. n. 19): „Denn nach gemeinen Kayserlichen Rechten so schätzet der Kläger seinen erlittenen Schaden und Interesse auf eine gewisse Summe, welche der Richter taxiret und dieselbige Mäßigung muß der Kläger mit seinem Eyde erhalten, daß sein angegebener Schade nicht geringer gewesen sey."

79) Etwa dahin: „Wollte und möchte gedachter Kläger für sich selbst oder sein vollmächtiger Anwalt einen Eyd zu Gott und auff das H. Evangelium schwören, daß er lieber N. Gulden, denn die abgepfändete stücke Rindviehes entrathen wolte, das solches gehöret werden, und ferner darauf ergehen soll was recht ist"; Gail, de pignor. observ. 18, z. B.: »Ego juro, Domine, per haec sancta Evangelia, quod tempore impetus ipsius invasionis ego amisi tot res; item, res illae tantum valebant,« Rofredus, tract. ord. jud. P. 8 n. 6. — Heutigestags lautet eine solche Formel, wie z. B. in einem der nachstehenden Rechtsfälle (Nr. 3) etwa so, in alternativer Fassung: „daß der unter — erwähnte Zwetschenbaum einen Werth von 1 Thlr. und das unter — erwähnte Kalb einen Werth von 4 Thlr. gehabt habe." Schrader g. Scheidemann [9864] 25/3 1846.

80) Ein Erkenntniß der Wittenberger Facultät vom J 1701 ging dahin: „Daß Kläger, daß ihm Beklagter an Früchten, so viel als er liquidirt, weggeführt, zu bescheinigen nicht vermocht. Und sind die vom Kläger angegebenen Schäden von an. 1691 rc. zusammen auf 44 Thlr. zu mäßigen. Würde nun desselben Principal vermittelst Eydes erhalten und daß angeregte Schäden unter die moderirte Summe sich nicht belaufen, jedoch, gestalten Sachen (*) nach, nur de credulitate, schwehren, so ist Beklagtens Principal solche Summa in sächsischer Frist bei Vermeydung der Hülffe ihm zu bezahlen schuldig." Vergl über die frühere Zulassung solcher bedingter Erkenntnisse: Brunnemann, proces. cap. 23 n. 24. (* Es lag hier offenbar ein Fall vor, wo Kläger zur Zeit

VII. Nach Ausschwörung des Eides hingegen ergeht hiernächst die definitive Condemnation [81]).

Die im Bisherigen in Bezug genommenen Rechtsfälle sind nun folgende:

1. Nach Auflösung der westphälischen Herrschaft, im J. 1813, wurden in dem Schmalkaldschen Ort Brotterode zu zwei verschiedenen Malen an der Wohnung des ehemaligen Maire C. daselbst Excesse verübt. Das Resultat der darüber eingeleiteten Untersuchung hatte zur Folge, daß 28 Theilhaber an jenen Vergehen zu mehrwöchigen Gefängnißstrafen, so wie zur Entschädigung verurtheilt wurden, die Ermittelung des Betrags aber in den Weg Rechtens verwiesen wurde. Der Verletzte reichte darauf bei dem betreffenden Gerichte ein Verzeichniß der bei jenen Excessen ihm abhanden gekommenen Mobilien, mit Bemerkung der Werthbeträge, ein und verlangte, daß jene Theilhaber in deren Erstattung verurtheilt werden sollten. In den Verhandlungen bestritten die Verklagten jene Posten; wogegen der Kläger seine Verbindlichkeit, den ihm zugefügten Schaden zu specificiren, aus dem Grund leugnete, weil er schon bei dem ersten Exceß den Ort habe verlassen und das Seinige Preis geben müssen; weshalb er sich daher, beim Mangel anderer Beweismittel, des juramentum in litem veritatis bedienen zu wollen erklärte. Nunmehr legte das Untergericht dem Kläger in ob- und subjectiver Hinsicht zu beweisen auf: daß die Verklagten ihm den in der Klage beigefügten Verzeichnisse angegebenen Schaden zugefügt hätten. Zwar appellirte Kläger an die zweite Instanz, indem er darüber sich beschwerte, daß seine Beweisantretung mittelst des juram. in litem stillschweigends übergangen oder vielmehr dadurch verweigert worden sey, daß die Zufügung des Schadens in sub- und objectiver Rücksicht bewiesen werden solle. Es wurde indessen die Appellation zurückgewiesen und darauf von dem Kläger an das O. A. Gericht sich gewendet, welches, auf die Beschwerde darüber: einmal, daß die Verklagten nicht ins Ganze zum Ersatz des ihm zugefügten Schadens verurtheilt seyen und dann, daß nicht alsbald die Höhe des Schadens durch den Eid des Klägers zu constatiren gestattet worden wäre, dahin erkannte: daß der Kläger mit dem auferlegten Beweis in subjectiver Hinsicht zu verschonen, dagegen derselbe in

der Vergewaltigung abwesend sich befand, indem sich sonst die Zulassung des Glaubenseides nicht würde erklären lassen).

81) Gail, de pignor. cap. 18: „In Sachen rc. ist auff erstatteten Eyd erkannt, daß gedachter Beklagte die taxirte — fl. Rheinisch vor die abgepfändete stück Rindviehes ihm dem Klägern zu entrichten und zu bezahlen schuldig sey, als wir ihn auch hiermit fällig darzu urtheilen.“

objectiver Beziehung dahin zu führen sey: welcher Schaden ihm an seinem beweglichen und unbeweglichen Eigenthume bei dem ersten und welcher bei dem zweiten Ueberfalle verursacht worden sey [82]). Bei dieser Entscheidung ging das genannte Gericht von folgenden Sätzen aus: Die Verbindlichkeit der Verklagten zu voller Entschädigung steht bereits durch das Straferkenntniß fest und der Zweck des dermaligen Rechtsstreits kann nur in der Ausmittelung des Schadensbetrags im Ganzen und für jeden Einzelnen bestehen. Da in dem Strafurtheil bereits festgestellt worden, welche der Verklagten an dem einen und welche am andern Excesse Theil genommen haben, so ist der auferlegte Beweis in subjectiver Hinsicht nicht mehr nöthig. In objectiver Hinsicht ist es nicht geleugnet worden, daß dem Kläger durch zweimalige, im October 1813, gegen ihn verübte Ueberfälle und Excesse, an seinem Eigenthum Schaden zugefügt worden ist; mit Rücksicht darauf aber, daß, nach dem Straferkenntnisse, Einige der Verklagten den beim ersten, Andere den beim zweiten Ueberfall gestifteten Schaden ersetzen sollen, muß vom Kläger bewiesen werden, welcher Schaden bei dem einen und welcher bei dem andern Vorfalle verursacht worden ist. Dieser Beweis braucht nur dahin gerichtet zu werden, welche Gegenstände überhaupt bei dem ersten und welche bei dem zweiten Vorfalle entkommen, zerstört oder beschädigt worden sind und wieviel deren Werth oder der Betrag des Schadens ausmache. Sodann wurde in Beziehung auf die hier vornämlich in Betracht kommende zweite Beschwerde dahin zur Motivirung des gedachten Urtheils sich ausgesprochen:

in Erw.: „daß — es an dem in einer vom Kläger an seinem Eigenthume erlittenen Gewaltthätigkeit bestehenden Erfordernisse der Zulassung zum Zenomischen Eide zwar im Allgemeinen nicht, wohl aber rücksichtlich der besondern factischen Begründung in der Hinsicht fehlt, als aus den vorliegenden Acten nicht hervorgeht, ob beide Excesse gegen die Gebäude und Mobiliar-Effecten des Klägers oder der eine gegen die ersteren und der andere gegen die letzteren gerichtet gewesen sei,

auch das Vorhandenseyn des weiteren Erfordernisses jenes Eides, wonach der Beschädigte außer Stande seyn muß, die einzelnen Gegenstände seines Verlustes anzugeben und zu beweisen, hier noch zur Zeit nicht anzunehmen steht, da Kläger selbst sich auf eine bei den Untersuchungs-Acten befindliche Schätzung des an den Gebäuden verursachten Schadens bezogen hat,

---

82) Es war dieß deshalb von Wichtigkeit, weil von jenen Personen, von denen der Exceß verübt worden seyn sollte, nicht alle bei beiden Vorgängen thätig gewesen zu seyn angeschuldigt worden waren.

daß daher in sowcit Kläger durch die in objectiver Hinsicht ihm gemachte Beweisauflage nicht gravirt ist, und im Falle auf andere Weise und namentlich durch die Untersuchungs-Acten nicht sollte dargethan werden können, welche Gegenstände bei jedem der beiden Vorfälle abhanden gekommen oder beschädigt worden, Kläger immer noch zu verlangen berechtigt seyn würde, zur eidlichen Erhärtung seines Verlusts, nach Anleitung des von ihm eingereichten und noch nach den gedachten beiden Abschnitten abzutheilenden Verzeichnisses, vorbehaltlich richterlicher Ermäßigung, zugelassen zu werden" [83]).

2. Der Maurer H. wird im J. 1817 zu mehrmonatlicher Zuchthausstrafe verurtheilt, weil er den Husaren B., welcher im J. 1842 Schmied war, ein Auge ausgeworfen hatte. Außer dem Schmerzensgeld, so wie der Kur- und Versäumniß-Kosten wird dem Verletzten auch die Entschädigung vorbehalten. Erst im J. 1842 klagt hierauf B. gegen H. auf diese letztere, indem er die Beschädigung des Körpers auf 200 Thlr. angibt, unter dem Erbieten, diese Summe durch den Schätzungseid, auf Erfordern auch durch sachkundige Schätzer, in Gewißheit zu setzen. Nachdem das Untergericht diese Klage, in Ermangelung der Angabe des Vermögensschadens, zurückgewiesen hatte, bemerkt der Kläger nachträglich: „daß er in Folge des Verlusts seines Auges nicht mehr so arbeitsfähig sey, als er früher gewesen, daß er namentlich nicht den ganzen Tag das eine Auge anstrengen könne, daher solches schonen und die Arbeit häufig aussetzen müsse; auch leide er häufig an der verwundeten Stelle, was namentlich bei Witterungs-Veränderungen der Fall sey und dann eine Versäumniß in der Arbeit zur Folge habe. Bei einem Schmied, der täglich der schädlichen Einwirkung des Feuers sein übrig gebliebenes Auge aussetzen müsse, gelte noch in höherem Grade, was die Gesetze von der Bezahlung des geringern Erwerbs besagten, den ein Schusterjunge wegen des ausgeschlagenen Auges habe [84]). Als der Verklagte ihn beschädigt habe, sey er überdieß unverheirathet gewesen, und hätte mit seinen beiden Augen eine bessere Partie gethan, als jetzt der Fall sey. Gerade für solche Fälle, wo die Größe des Schadens schwierig zu bestimmen sey, wäre durch l. 9. C. unde vi (8. 4) das juram. in litem eingeführt, wozu er sich erbiete". Diese Klage sammt ihrem Nachtrage wurde in allen Instanzen zurückgewiesen, in der dritten aus folgenden Gründen:

in Erw.: daß Appellant einen, durch gewaltthätige Körperverletzung erlittenen Vermögensnachtheil zu liquidiren hat, in Fällen

83) Eichhorn g. Nickel ꝛc. [3511] O. A. G. Decr. 17/1 1831.

84) l. 5 §. 3, l. 7 D. ad leg. Aquil. (9. 2).

der vorliegenden Art aber, wo der Verletzte nicht im Stande ist, die erlittenen Verluste einzeln nachzuweisen, es zwar dem Richter in Gemäßheit der l. 9. C. unde vi (8. 4) obliegt, mit genauer Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Beschaffenheit der Person und des Gewerbes des Verletzten den diesem zugefügten Vermögensnachtheil zu schätzen und dem Verletzten aufzugeben, die vorläufig festgesetzte Schätzungssumme eidlich zu bekräftigen, hierin auch dadurch, daß der Verletzte sofort eine bestimmte Summe klagend namhaft macht, nichts weiter geändert wird, als daß die richterliche Schätzung diese Summe nicht überschreiten darf, der Verletzte aber der Pflicht nicht überhoben ist, diejenigen Thatumstände sofort in seiner Klage anzugeben, deren Kenntniß der Richter zu der ihm gesetzlich obliegenden vorläufigen Schätzung bedarf;

im vorliegenden Falle jedoch es der Klage sowohl, als dem Nachtrage zu derselben an derartigen genügenden Angaben gebricht, indem insbesondere es nicht zu ersehen ist, ob Appellant, welcher in dem der Klage beigefügten Regierungs-Rescripte v. 18. Jan. 1817 als Husar bezeichnet wird, bereits zur Zeit der Körperverletzung die Schmiede-Profession erlernt hatte, von welchem Umstande doch die Verpflichtung des Appellaten wesentlich abhängt, diejenigen Vermögensnachtheile zu ersetzen, welche Appellant in Folge des Verlustes des Einen Auges in der Ausübung der, das ihm allein gebliebene Auge vorzugsweise exponirenden, Schmiede-Profession angeblich erleidet;

ingleichen die Zeit, seit welcher Appellant diese Profession ausübt, und in der vollen Benutzung ihrer Vortheile beschränkt wird, so wenig, als das Alter des Appellanten, von welchem die muthmaßliche Dauer der ferneren Ausübung jenes Gewerbes mit abhängt, vom Appellanten angegeben worden sind:

überdieß auch es an allen Angaben, sowohl über die Häufigkeit der Unterbrechungen, als über den Ertrag der Schmiedearbeiten fehlt, so daß es in diesen Beziehungen an einer gehörigen factischen Grundlage für ein etwaiges Gutachten von Sachverständigen, auf welches Appellant sich bezieht, gebricht;

endlich die allgemeine Behauptung des Appellanten, daß er ohne den erlittenen Verlust seines Einen Auges eine vortheilhaftere Heirath hätte thun können, gar nicht zu berücksichtigen steht, insbesondere die etwaigen Vermögensvortheile einer Ehe nach den für diese geltenden Grundsätzen den Werth derselben nicht zu bestimmen vermögen und daher bei der Schätzung der aus einer Körperverletzung entsprungenen Vermögensnachtheile niemals mit in Anschlag gebracht werden dürfen" [85]).

---

85) Beck g. Heckmann [8821] O. A. G. Decr. v. 12/10 1844.

3. In einer vom Fährmann S. zu L. an der Weser gegen Sch. angestellten Klage behauptete derselbe, daß, nachdem er sich bisher im ruhigen Besitze des dasigen Fährhauses nebst Stallung und Zubehör befunden, der Verklagte ihn seit den 17. Jan. 1833 in diesem Besitz dergestalt gestört habe, daß er mit seiner Familie und seinem Vieh eingezogen sey und das Haus nebst Stallung ganz nach seiner Willkühr und gegen seinen Widerspruch bewohne, benutze und sogar über den größten Theil seines beweglichen Vermögens, namentlich Kartoffeln, Fourage und sonstige Victualien, auch Holz, ganz nach Willkühr disponire. Er verband damit die Bitte, um Schutz im Besitz des gedachten Hauses nebst Stallung und Zubehör, Räumung derselben und Ersatz des verursachten Schadens. Auf die über diese Klage gepflogenen Verhandlungen wurde im J. 1838 ein der Bitte entsprechender Endsbescheid ertheilt, und die Liquidation des Schadens vorbehalten.

Nunmehr stellt der Kläger diese letztere unter einer Reihe von Nummern auf, und zwar liquidirt er unter I. den Schaden dafür, daß der Verklagte sich in den Gebrauch der zur Ueberfahrt dienenden Fahrzeuge gesetzt und ihm dadurch das Fährgeld vom 19. Nov. 1837 bis 7. Aug. 1838 entzogen und die Nutzungen der Fährgerechtigkeit sich selbst angeeignet habe. III. Im Fährhause selbst seyen zur Zeit seiner Verdrängung gewisse Quantitäten von Lebensmitteln, z. B. 34 Sack Kartoffeln, 300 Stück Runkelrüben, 24 Centner Heu, 400 Gebund Hafer rc., deren angemessene Preise angegeben werden, vorhanden gewesen, aber in der Zwischenzeit bis zu seiner Wiedereinsetzung verbraucht und abhanden gebracht. IV. Während dieser Zeit seyen ihm weiter abhanden gekommen: an baarem Geld 7 Thlr., ein Grabscheit, Leinen rc., in näher angegebenen Werthbeträgen. V. Ein in gutem Zustande befindlicher Zwetschenbaum im Werth von 1 Thlr. sey im Garten abgehauen und verbrannt; endlich VI. auch ein zur Anzucht bestimmtes Kalb, 4 Thlr. werth, vom Verklagten verkauft worden. Der Kläger verlangt deshalb die Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung des bei diesen verschiedenen Posten berechneten, oder des sonst ihm zuzuerkennenden Betrags von 273 Thlr. In Folge der Verhandlungen legte das Untergericht dem Kläger zu beweisen auf: daß zu I. der Verklagte ihn aus dem Gebrauche der Fahrzeuge gesetzt, dadurch das Fährgeld für die angegebene Zeit ihm entzogen und daß der Schaden täglich 16 gGr. oder wieviel weniger betragen; zu III. daß zur Zeit, als er verdrängt worden, die hier benannten Gegenstände in den angegebenen Quantitäten vorhanden, bis zu seiner Wiedereinsetzung aber verbraucht oder abhanden gebracht worden seyen und daß diese Gegenstände den dabei angegebenen Werth, oder welchen geringeren gehabt hätten. Zu IV. Daß

während jener Zwischenzeit 7 Thlr. baares Geld, das er im Bette aufbewahrt habe, so wie ein Grabescheit ꝛc. abhanden gekommen sey und dieses letztere einen Werth von — oder welchen geringern gehabt; zu V. daß der Verklagte diesen Zwetschenbaum abgehauen und verbrannt und solcher einen Werth von 1 Thlr. gehabt und endlich zu VI. daß der Verklagte während jener Zeit ein Kalb verkauft und dasselbe einen Werth von 4 Thlr. ꝛc. gehabt habe.

Auf die Beweisverhandlungen, in welchen der Kläger den Beweis durch Zeugen, Sachverständige, durch das Erbieten zum Schätzungseid und eventuell durch Eideszuschiebung antrat, erging demnächst Bescheid, wodurch dem Kläger zu I. der Schiedseid, zu III—IV. einschl. aber der Würderungseid auferlegt wurde.

Dieß veranlaßte den Verklagten zur Beschwerde, in welcher er nicht blos insoweit eine Abänderung der unterrichterlichen Entscheidung, sondern überhaupt eine Verwerfung der Klagposten, mit Ausnahme des unter Nr. V. bemerkten, begehrte. Dabei wurde denn besonders geltend gemacht, daß er mit seiner Behauptung, auf der Fähre sey ein Fährbursch, welcher monatlich 8 Thlr. mindestens koste, unentbehrlich, nicht gehört worden sey.

Es erfolgte indeß in der Mittel-Instanz eine Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses. Aus den Entscheidungsgründen sind folgende hier einschlagende Sätze hervorzuheben. Es wurde nämlich darin ausgesprochen:

a. Zu I. Das vorliegende possessorische Interdict sey unzweifelhaft zu den auf ein restituere gerichteten actiones arbitrariae zu rechnen und es träten hiernach bei jenem die Voraussetzungen ein, unter welchen dem Kläger das Recht zustehe, den Werth des Streitgegenstands und sein Interesse mittelst des Würderungseides festzustellen. Zu dem Schadenersatz gehörten vorliegend auch die Nutzungen, welche der Kläger von den ihm entzogenen Gegenständen hätte ziehen können, also diejenigen des Fährrechts, insofern nur der Beweis, daß die Besitzentziehung auch auf die Ausübung dieses Rechts sich erstreckt habe, erbracht werde. Der gegen die thatsächliche Begründung der Schadens-Liquidation von täglich 16 gGr. vorgebrachte Einwand werde verworfen, weil der Kläger zur Feststellung der Preise des ihm bewiesenermaßen zugefügten Schadens durch seinen Würderungseid berechtigt und mit Rücksicht hierauf die Angabe der seiner Schadensberechnung zum Grund zu legenden Thatsachen nur in sofern erforderlich sey, als dieselben dem Richter zum Anhaltspunct bei der ihm zustehenden Moderation des zu beschwörenden Schadensbetrags dienen müßten. In dieser Beziehung wurde die vorliegend geschehene Angabe eines Durchschnittsbetrags um so mehr für genügend gehalten, als die daran

sich knüpfende Beweisführung wirklich zu einer vom Unterrichter ausgesprochenen Moderation geführt habe.

b. Auch die Einwendung zu III., es sey ein Zusammenhang dieser Liquidation mit der in der Klage erwähnten Besitzstörung und eben so sein Verschulden bei dem Verbrauchen und Abhandenkommen der betreffenden Gegenstände nicht dargelegt worden, wurde als unbegründet deshalb angesehen, weil der Kläger ausdrücklich behauptet habe, daß diese Sachen zur Zeit seiner Besitzentsetzung in dem Fährhause vorhanden, bei seiner Wiedereinsetzung in den Besitz aber nicht mehr daselbst vorzufinden gewesen seyen. Dafür, daß der Verklagte rücksichtlich der beweglichen Gegenstände, welche er dem Kläger gleichzeitig mit dem Fährhause entzogen, selbst für den Zufall zu haften habe, wurde sich auf l. 1 §. 35, l. 15 D. 43. 16 bezogen.

c. Die Behauptung, daß von dem Brutto-Ertrag der Fähre der Lohn für einen unentbehrlichen Fährburschen abgehe und sich solchergestalt der dem Kläger entzogene Reinertrag verringere, hielt das Gericht für eine zum Gegenbeweis gehörige Thatsache und nahm an, daß dem Verklagten jenen zu führen freigestanden, er denselben aber nicht angetreten, übrigens auch der Unterrichter solchen nicht ganz unberücksichtigt gelassen, indem er auf den Grund hin, daß die tägliche Einnahme nicht den reinen wirklichen Schaden ausmachen könne, den durch den Würderungseid festzustellenden Betrag von 16 auf 12 gGr. herabgesetzt und die Eidesformel auf den dem Kläger zugefügten Schaden, worunter nur der ihm entzogene Reinertrag verstanden werden könne, gerichtet habe.

Auf die an die dritte Instanz fortgesetzte Appellation wurde eine gleichfalls bestätigende Entscheidung ertheilt,

in Erw. „daß Appellant die Entscheidungsgründe des Obergerichts im Wesentlichen zu widerlegen nicht vermocht hat;

daß namentlich, da der Appellat durch den rechtskräftigen Bescheid vom J. 1838 im Besitze der zur Erbleihe innehabenden Fähre nebst Zubehör geschützt und der Appellant zu deren Räumung verurtheilt worden ist, als Gegenstand dieses Erkenntnisses nicht blos das Fährhaus, sondern auch das Fährrecht betrachtet werden muß,

daß eben so die Verpflichtung des Dejicienten bei gewaltsam entzogenem Besitze unbeweglicher Sachen, die zur Zeit der Besitznahme daselbst befindlichen beweglichen Gegenstände zu ersetzen, nach l. 1 pr. §. 32 D. de vi (43. 16), keinen Zweifel unterliegt;

daß auch nach neuerem römischen Rechte zur Begründung des Interdicts de vi nicht mehr eine dem B e s i t z e r gegenüber erfolgte gewaltsame B e s i t z e n t s e t z u n g erfordert wird, vielmehr eine jede w i d e r r e c h t l i c h e B e s i t z n a h m e in dieser Beziehung

genügt [86]), mithin hier, wo der Appellant nach den unbestrittenen Angaben der Klage das fragliche Haus nebst Zubehör ganz nach seinem Willen zur Wohnung eingenommen und benutzt hat, die von dem widerrechtlich entzogenen Besitze geltenden Grundsätze zur Anwendung zu bringen sind;

daß ferner die Befugniß Desjenigen, welchem der Besitz einer Sache widerrechtlich entzogen wird, den Werthbetrag des ihm dadurch zugefügten Schadens durch seinen Eid festzustellen, in der l. 9. C. unde vi (8. 4) ihre Begründung findet" [87]).

4. Im Sept. 1830 fand ein Aufruhr zu Langenselbold statt. Bei dieser Gelegenheit sollen, wie der dasige Schultheis und Marktmeister N. in einer wider mehrere angeblich dabei betheiligt gewesene Einwohner angestellten Klage behauptete, die letzteren in dessen Behausung eingedrungen gewesen seyn, dessen Ehefrau mißhandelt und sein sämmtliches Glaserwerkzeug weggeschleppt haben, so daß in Folge davon seine Frau wegen der erlittenen Mißhandlungen längere Zeit arbeitsunfähig gewesen sey, er dagegen sein Gewerbe nicht habe betreiben können. Der Kläger verlangte deshalb Entschädigung und zwar in der ersten Beziehung 7 Fl., welche er an Tagelöhner habe bezahlen müssen; in der letzteren Hinsicht 50 Fl. Statt weiterer Substantiirung und Nachweisung des ganzen Umfangs des Schadens begehrte er zum Zenonischen Eide zugelassen zu werden. Es wurde aber dieser Antrag vom O. A. Gericht für unzuläßig erklärt, in Erw.: „daß — was die verlangte Zulassung zum juram. Zenonianum über die fraglichen Entschädigungs-Forderungen an Auslagen für Arbeitslohn und wegen Versäumung des Handwerks dem Begriffe dieses Eides widerstreitet, welcher dazu dienen soll, um im Fall erlittener Gewaltthätigkeit den Verlust der einzelnen Sachen zu constatiren, wenn man denselben auf andere Weise darzuthun nicht vermag" [88]).

Drittes Kapitel.

§. 12.

Der Minderungs-Eid.

Neben dem Zenonischen Eid war nun auch, namentlich in Sachsen,

---

86) l. 11 C. unde vi (8. 4). v. Savigny, Besitz §. 43 — Entsch. des O. A. Gerichts zu Cassel in S. Landgraf Friedrich v. H. g. Garnier [77] 1833.

87) Schrader g. Scheidemann [9864] O. A. G. Besch. 25/3 1846.

88) Neidhardt g. Häfner [6995] 4/12 1841.

der s. g. Minderungs- (Minorations-) Eid im Gebrauche[89]), welcher jenem entgegengesetzt und vom Verklagten geschworen wurde, um nach den beiderseitigen Angaben den mittlern Werth, als denjenigen, welcher der Wahrheit am nächsten komme, festzustellen. Schilter[90]) gedenkt in dieser Beziehung der »mores Germanici etiam in lite aestimanda“ dahin: »ut ipsius aestimationi stetur et res demum jurejurando minuendi facultas permittatur«. Die Bedenklichkeit bei diesem Eide liegt darin, daß die Heiligkeit des Eidschwurs durch ein entgegengesetztes eidliches Zeugniß in eigener Sache mißbraucht wird; ein Umstand, der die Wirksamkeit des Eides im innersten Grunde zu gefährden geeignet war. Hierzu gesellt sich noch die Betrachtung, daß die Wahrheit in solcher Weise nicht gefördert wird, da mindestens eine gleiche Vermuthung dafür, daß der Verletzende den Werth des Schadens allzusehr verringere, als daß der Verletzte ihn übermäßig erhöhen werde, stritt. Zudem wurde rücksichtlich dieser Eide der der Gesetzgebung bei dem Schätzungs- und insonderheit dem Zenonischen Eide zum Grunde liegende Gedanken, daß beide, als Strafe des Verschuldens des Verletzenden, dem Kläger auferlegt werde, aufgegeben und ein Institut an die Stelle gesetzt, welches bei weitem weniger als jenes dem materiellen Rechte in den meisten Fällen entsprechen konnte.

Rücksichten ähnlicher Art mögen denn auch die Beseitigung dieses Eides in der späteren sächsischen Proceßgesetzgebung veranlaßt haben[91]). In andern Ländern, wie z. B. in Hessen, ist dieser Eid überhaupt nicht üblich gewesen.

---

89) Schilter, exercit. 23 (lib 12 tit. 3) §. 63.

90) l. cit.

91) Müller, Versuch über den Schätz.-Eid § 17 S. 72.

Achter Abschnitt.

Der Perhorrescenz-Eid.

§. 1.

I. Gesetzliche Begründung.

Wenn nach dem Bisherigen vom Gerichtseide fast nur in dem Verhältniß der Partei zu ihrem Gegner die Rede war, so findet in Beziehung auf den in Rede stehenden Eid in so fern ein Anderes Statt, als hier die Persönlichkeit des Richters die Veranlassung zur Eidesleistung abgibt. Es bezieht sich dieser Eid auf das Rechtsmittel, welches einer Partei gegeben ist, wenn dieselbe gerechte Besorgniß hegt, es werde ihr vom Richter eine unparteiische, d. h., wie es ein neuerer Rechtslehrer [92]) bezeichnend ausdrückt, „ohne Rücksicht auf Personen und Interessen außer denen der Rechtspflege an sich", gewährte Rechtsprechung nicht zu Theil werden. Hier soll sie nämlich unter gewissen Voraussetzungen befugt seyn, das Gericht, oder den einzelnen Richter sich zu verbitten und um Bestellung eines andern an dessen Statt nachzusuchen. Der Eid, welcher zu dem Ende erfordert worden, stellt sich als ein specieller Calumnien-Eid dar, welcher im canonischen Rechte seine Begründung findet [93]). Die Prüfung dieser Voraussetzungen führt insonder-

---

92) Heffter, System des Civ.-Proc. §. 85.

93) c. 11 de rescr. in 6 (1. 3), verb.: „— sui adversarii potentiam merito perhorrescens —;" — „primo fidem judici faciat — per proprium juramentum —."

derheit auch auf den in Rede stehenden Eid [94]). Es sind hauptsächlich vier verschiedene Ansichten, welche in dieser Beziehung aufgestellt und vertheidigt worden sind nämlich die folgenden:

1. Ein Richter kann ohne alle Angabe und Nachweisung von Gründen Seitens einer Partei auf die alleinige und eidlich erhärtete Versicherung derselben hin, daß sie jenen für einen parteiischen Ri:ter halte, abgelehnt werden [95]).

2. Die Angabe specieller erheblicher und wahrscheinlicher Gründe ist zwar erforderlich, die Ableistung des Eides aber genügend, um jene festzustellen? [96]).

3. Der Beweis jener Gründe muß zwar in anderer Weise erbracht werden; es genügt indessen, wenn er nur unvollständig geführt ist; der in Rede stehende Eid kann aber nur etwa unter Voraussetzung einer zur Auflegung des Ergänzungseides geeigneten Führung jenes Beweises stattfinden? [97])

4. Es ist dieser Eid völlig verwerflich und der Beweis der Verdachtsgründe in anderer Weise zu erbringen [98]).

---

94) Vergl.: Heise u. Cropp jurist. Abhand. B. II Nr. 2; Lotz, civil. Abhandl. (J 1832) Nr. 2; S. Fr. Kapff, diss. de natura juram. perhorresc. (Tub. 1838); Kritische Jahrb. für teutsch. Rechtswissensch. v. Richter und Schneider, Th. V S. 270.

95) Die Bejahung dieser Ansicht ist vertreten worden von: Glück, Com. Th. VI S. 222 fg.; Gesterding, Ausbeute ꝛc Th. I S. 89, 103 (früher im Archiv f. civ. Pr. Th. VI S. 238 fg.); Quistorp, Beiträge ꝛc. Nr. 34; Seyfart, teutsch. Reichsproc. Cap. VI §. 5.

96) Dieß ist die Ansicht, welche von Cameral- und andern Schriftstellern vertheidigt wurde, wie von: Gail, obs. I. 33 n. 14; Mevius, dec. VI, 71; Wernher, observ. for. V, 165; VII, 84; Pufendorf, T. I obs. 180; G L. Böhmer, princ jur. can. §. 663 not. 6; Claproth, ord. Proc. §. 46; Danz, ord. Proc §. 24; Grolman, gerichtl. Verf. §. 32; Gönner, Handb. B. I Abh. 12 §. 2; Martin, Proc. §. 59; Gensler dazu.

97) Lauterbach, diss. de perhorrescentiae juram. (Tub. 1656), thes. 19, 24 — 33; Cocceji, jus civ. controv. lib. 12 tit. 2 qu. 18; Hofacker, princ. jur. Rom. T. II §. 1164; Cropp, a. a. O., §. 9 (S. 68 fg.).

98) Dahin haben sich manche Gesetzgebungen ausgesprochen, z. B. die allgem. preuß. Gerichtsordn. Th. I Tit. 2 § 143. Vergl. Cropp, a. a. O, §. 8 S. 67; Malblank, de jurejur. p. 81 not. 59 in f.

Die Gründe, welche die vornämlich von Lauterbach und Cropp (a. a. O.) vertheidigte dritte Annahme rechtfertigen, sind kürzlich folgende:

Die Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen von einer eidlichen Erhärtung des Mißtrauens durch eine Partei die Rede seyn könne? führt auf die weitere Frage: wann überhaupt ein Richter recusirt werden könne? zurück. Nach römischem Rechte muß unterschieden werden, zwischen den eigentlichen Magistratus, den vom Staate eingesetzten richterlichen Behörden und den judices. Wenn auch der Prätor, im Fall er in einem einzelnen Rechtsstreite sich befangen wußte, seine Jurisdiction auf einen Andern übertragen konnte [99]), so ist doch, in Ermangelung entgegenstehender gesetzlicher Andeutungen, daraus nicht zu folgern, daß einer Partei die Befugniß zur Recusation desselben zugestanden habe. Vielmehr wurde, auch nach Einführung des Christenthums, als bereits den Gerichtsbeamten regelmäßig die Entscheidung selbst zustand, einem darauf sich beziehenden Antrage nur die Folge gegeben, daß die geistliche Behörde, der Erzbischof, der Bischof, in Gemeinschaft mit dem weltlichen Richter sich der Aburtheilung der Sache zu unterziehen hatten [1]). Anders verhielt es sich hingegen in Ansehung der judices; sie konnten [2]) bis zur Litiscontestation recusirt werden und zwar, ohne daß die Partei, von welcher dieß geschah, Gründe anzugeben verpflichtet war [3]). Als, nach Aufhebung des ordo judiciorum, die Entscheidung auf den Magistratus überging, wandte man den gleichen Grundsatz

---

99) l. 17 D. de jurisd. (2. 1).

1) Nov. 86 cap. 2: »Si vero contigerit quendam nostrorum subjectorum in dubitationem habere judicem, jubemus sanctissimum archiepiscopum audire cum clarissimo judice: ut ambo per amicabilem conventum dissolvant quae dubia sunt —;« cap. 7: »In civitatibus autem in quibus non sunt judices, jubemus eos qui habent causas, adire defensorem et ipsum discernere inter eos. Si vero litem habentes voluerint defensorem una cum sanctissimo episcopo judicare et hoc agi praecipimus.«

2) Mit diesen Worten: »Hunc nolo«, oder »ejero« Plin. panegyr.

3) Andeutungen für diesen Satz enthalten: l. 23 D. de appell. (49. 1); l. 80 D. de judic. (5. 1).

auch auf die für einzelne Sachen jenem beigegebenen und delegirten Richter an [4]).

Manche Ausleger des römischen Rechtes vor Allen Petrus, — wahrscheinlich schon im 11. Jahrhundert [5]), — hielten diesen Unterschied fest und erkannten die Unzulässigkeit der Recusation bei judices ordinarii an, indem namentlich der genannte Autor allgemein den Satz aussprach: »Iudicium ordinarii judicis nemo recusare potest«, und dann, im Fall eines von Seiten des Klägers wider jenen gehegten Mißtrauens das bereits in der Nov. 86 C 2 (S. 471 Not. 1) erwähnte Auskunftsmittel in Bezug nahm [6]). In gleicher Weise lehrte auch im 12. Jahrhundert Pillius [7]), welcher dem, unter Bezugnahme auf die l. 16 C. cit. aufgestellten Satz: es könne vor der Litiscontestation ein judex recusirt werden, alsbald die Beschränkung folgen ließ, es müsse hier aber unterschieden werden: „utrum ille suus judex sit ordinarius, aut delegatus«. Im erstern Falle könne der Richter so wenig vor, als nach der Litiscontestation recusirt werden, wobei er nur zwei Ausnahmen [8]) zuließ. Dieser Ansicht gegenüber wurde aber und zwar ebenfalls vom Standpuncte des römischen Rechtes aus, insonderheit von

---

4) l. 16 (14) C. de judic. (3 1): »Apertissimi juris est, licere litigatoribus judices d e l e g a t o s, antequam lis inchoetur, recusare, cum etiam ex generalibus formis — tuae sedis statutum sit, necessitatem imponi, judice recusato, partibus ad eligendos arbitros venire et sub audientia eorum sua jura proponere. Licet enim ex imperiali numine judex delegatus est: tamen quia sine suspicione omnes lites procedere nobis cordi est: liceat ei, qui suspectum judicem putat, a n t e q u a m l i s i n c h o e t u r, eum recusare, ut ad alium curratur, libello recusationis ei porrecto: cum p o s t l i t e m c o n t e s t a t a m neque appellari posse ante definitivam sententiam jam statuerimus, neque recusari posse, ne lites in infinitum extendantur: eodem scilicet executore necessitatem partibus per ordinarium judicem et omne civile auxilium imponente, et arbitros eligere et ad eos venire: et sic litem appetere, quasi arbitri fuerint ab imperiali culmine delegati«. l. 18 C. eod.

5) S a v i g n y, Gesch. d. röm. R. im M. A, Th. II S. 134.

6) Diese Stelle ist abgedruckt bei v. S a v i g n y, a. a. O. S. 369.

7) (ums J. 1188), de ord. judicior (ed. Bergman.). P. II §. 5. 7.

8) l. un. C. si quacumq. praed. pot. (5. 7); l. un C. quand. imper. int. pup. (3. 14).

Martinus, — welchem nachgerühmt wird »quod semper divinae legi adhaerebat«, — die Statthaftigkeit der Ablehnung auch eines judex ordinarius vertheidigt. Wenn gleich nun auch die aus jenem Rechte für diesen Satz gezogene Folgerung bedenklich erscheint [9]), — indem die in Bezug genommene Gesetzesstelle [10]) nicht von der Recusation handelt, sondern die damalige Befugniß, mit Uebergehung des gewöhnlichen Richters, die Sache unmittelbar an den Kaiser bringen, dahin einschränkt, daß solches nach der Litiscontestation vor dem ordentlichen Richter nicht mehr statt haben soll, — so wurde doch im geistlichen Rechte diese Ansicht des Martinus eine »canonizata«. So drückt sich nämlich die Glosse, indem sie die bisher angedeuteten verschiedenen Annahmen erwähnt hat [11]), aus, unter Hinweisung auf eine Bestimmung des Papstes Innocenz III. (v. 1216) [12]), welche dahin geht: Es soll die Partei, »si allegaverit se judicem habere suspectum« vor eben diesem Richter die »causa justae suspicionis« angeben (»assignare«), und mit dem Gegner, oder wenn er keinen solchen hat, mit dem Richter gemeinschaftlich »arbitros« auswählen, damit diese über den Verdachtsgrund entscheiden. Wird die causa legitima suspicionis vor solchen in dem gesetzten Termin nicht bewiesen, so tritt die Zuständigkeit des Richters wieder in Kraft. Beweist aber die Partei solche, alsdann gibt jener die Sache, unter Zustimmung der Partei, an eine »idonea persona« ab, oder sendet sie an den oberen Richter zu dessen Entscheidung ein. Diese und

---

9) Schon Pillius machte das geltend, l. cit.: »Sed dominus Martinus dicebat, quod judex ordinarius potest recusari ante litem contestatam, et argumentabatur a contrario sensu legis sic: nemo post litem contestatam ordinariae etc., ergo ante litem contestatam potest. Sed falsificatur ista talis argumentatio in eodem: nemo post litem contestatam ordinariae etc., ergo non ordinariae potest; quod est falsum, quoniam non semper contrarius sensus legis admittitur, et sic non in isto casu: item secundum hoc jam non melioris conditionis seu majoris auctoritatis esset ordinarius, quam delegatus.«

10) l. 4 C. de jurisd. omn. jud. (3. 13).

11) Glos. »Judices« in l. 14 (»Apertissime«) C. de judic. (3. 1).

12) cap. 61 X de appell (2. 28).

eine Reihe ähnlicher Vorschriften [13]), wobei namentlich auf früher in Ansehung der Recusation ergangene Synodal-Beschlüsse Bezug genommen wurde [14]), führten zu einer von der früheren wesentlich abweichenden Lehre. Es wurde nunmehr der in dem Gesetz unbestimmt gelassene Ausdruck »judex« mit dem bezeichnenderen „judex ordinarius« erläutert und dem entsprechend der Satz aufgestellt: »Recusari potest quilibet judex secundum canones, tam ordinarius, quam delegatus etiamsi causa sit ei commissa appellatione remota«. Damit verband man indessen die für den judex und den delegirten Richter ehedem in Kraft bestandene römischrechtliche Vorschrift, daß nur bis zur Litiscontestation ein solches Recusations-Recht bestehe, nach derselben aber nicht anders »nisi ex nova causa superveniente« [15]).

Ungeachtet nun zwar die erwähnte Vorschrift des canonischen Recht darauf ging, es müßten die Verdachtsgründe nicht blos angegeben, sondern auch dargethan werden, so waren doch schon zur Zeit der Glossatoren Manche, welche diesen Beweis nicht erforderten [16]). Diese Ansicht in Verbindung mit der weiteren, zufolge welcher nach römischem Rechte bei der Recusation eines delegirten Richters unter Umständen ein juramentum calumniae geschworen werden müsse [17]), so wie endlich die Heranziehung einer andern, von einem davon verschiedenen Falle redenden und auch analog

13) c. 10 in f. X. de for. comp. (2. 2); c. 35 C. 2 qu. 6; c. 39 C. 11 qu. 1 etc.

14) c. 15 C. 3 qu. 5: »Quod suspecti et inimici judices esse non debeant et ipsa ratio dictat et plurimis probatur exemplis.«

15) So stellt die Sache dar: Tancred, ordo judicior. (ed. Bergman.) P. II tit. 6, §. 5 (p. 147).

16) Tancred., l. cit. § 5: »Hoc modo facienda est recusatio. Causa suspicionis coram eo, qui dicitur suspectus, est alleganda, et coram arbitris electis a partibus probanda —. Quod quidem verum est, sive recusetur ordinarius, sive delegatus —. Quidam tamen dicunt, quod cum recusatur ordinarius, non est necesse probari causam recusationis per illud c. 15 C. 3 q. 5; quod mihi nunquam placuit; et expresse contra eos facit illa decretalis X. 3 de for. comp. 2, 2 licet ex suscepto. 1 et c. Lateranensis concilii sacro approbante. 47.«

17) Vergl. hierüber und die Entstehung dieser Meinung: Herm. Vultejus, de judic. lib. II. cap. 7 n. 218.

nicht anwendbaren [18]), Gesetzesstelle [19]) hat nun die Veranlassung zu der oben (S. 470) unter 1) aufgeführten Ansicht gegeben, daß schon die eidliche Versicherung einer Partei, sie halte den Richter für parteiisch, die Recusation des letzteren herbeizuführen, die Angabe der Gründe also zu ersetzen geeignet sey.

Eben weil aber diese Annahme einer genügenden gesetzlichen Begründung entbehrt und eine Analogie für einen Eid ohne solche nähere factische Substantiirung sich nicht darbietet, fragt es sich nunmehr: ob, wenn die Angabe specieller und wahrscheinlicher Gründe erfolgt, die Ableistung des Mißtrauens-Eides zulässig, oder, ob dazu ein die Auflegung des Ergänzungseids rechtfertigender Beweis erforderlich sey? Wenn es in den angezogenen und hier in Betracht kommenden Stellen des römischen und canonischen Rechtes heißt, im Recusations-Libelle müsse eine »suspicio«, eine »causa legitima suspicionis« angeführt werden, so liegt darin der Ausspruch, daß nur unter Voraussetzung solcher Umstände, aus denen mit hinlänglicher Wahrscheinlichkeit die Existenz eines Verdachtsgrundes hervorgeht, ein Antrag auf Recusation zu begründen stehe. Damit sind denn auch diejenigen Merkmale ausgedrückt, auf welche hin, wenigstens dem Principe nach, auch der Erfüllungs-Eid auferlegt zu werden pflegt. So wird sich die aufgestellte alternative Frage beantworten lassen. Und damit übereinstimmend sagt denn auch Heffter [20]): „Nach streng legaler Theorie ist — immer eine Angabe und Prüfung des Ver-

18) Das Gegentheil wird behauptet von: Lauterbach, l. c. §. 9; Böhmer, princ. jur. can. §. 663 not. 6; Glück, Com. Th. VI S. 223. Vergl. dagegen: Cropp, a. a. S. S. 70.

19) l. 11 §. 1 de rescr. in 6. — Darin ist der Fall erwähnt, daß es in Ansehung zweier in denselben Gerichtssprengel gehöriger Parteien, für die ein Richter delegirt ist, für unzulässig erklärt wird, die Sache Jemandem in einem andern Gerichte zu übertragen, es wäre denn der Fall, »si actor eandem civitatem seu dioecesim intrare non audens, aut sui adversarii potentiam merito perhorrescens, eum intra ipsas nequeat convenire secure.« Alsdann soll dem benachbarten Richter die Sache aufgetragen werden, der committirte Richter aber solche anders nicht behalten können, »nisi impetrans de praedicto timore, quem in literis commissionis exprimere teneatur, primo fidem judici fiat, saltem per proprium juramentum.«

20) a. a. O., §. 56 (S. 91 fg.).

bachtsgrunds erforderlich, bei welchem es jedoch nach der Natur des Gegenstandes schon mit bloßer Wahrscheinlichkeit bewenden, und ein Ergänzungseid leicht zugelassen werden muß. Diese Lehre entspricht allein der Nothwendigkeit des Gedankens, daß die Ausübung der staatsrichterlichen Justizpflege nicht von der einseitigen, wenn auch eidlich beglaubigten, Meinung einer Privatparthei abhängig seyn kann, ohne derselben das Recht der vollständigen Vertheidigung gegen einen wirklich verdächtigen Richter zu entziehen".

Eine solche feste Ansicht, von der es jedoch scheinen kann, daß sie mehr unter die oben (S. 470) unter 2) aufgeführte, also die Zulänglichkeit des Eides zur Nachweisung des Mißtrauens unterstellende, Classe zu subsumiren wäre, hat denn auch die Gesetzgebung in Hessen geleitet und obwohl es sonst in solchen Fragen die Bestimmung der Praxis seyn soll, der Gesetzgebung den Weg zu bereiten, so hat doch dießmal umgekehrt die letztere jener im öffentlichen Interesse diesen Dienst erwiesen.

Schon in der Canzlei-Ordnung von 1656 Tit. IX §. 5 wurde vorgeschrieben, daß alsdann, wenn „ahn den Vntergerichten — parteylichkeit gebraucht wird dieselbige Sachen Statthalter, Cantzler vnd Rähte vf eines oder des andern theilß ansuchen vf vorhergehende ziembliche Bescheinigung, daß deme also sey — vor sich ziehen vnd nehmen mögen". Eben so sollte nach der Sammt-Hofgerichts-Ordnung v. 5. May 1673 Tit. VIII §. 9, wo „die Unterrichter auß genugsamer Anzeig partheyisch oder verdächtig wären" vom Hofgerichte Ladung begehrt werden können und hiermit in Uebereinstimmung ist durch die O. A. Gerichts-Ordnung v. 26. Febr. 1746 Tit. III §. 2 in Beziehung auf die bei diesem Gerichte statthabten Rechtsmittel angeordnet worden, daß es, wenn „einige Partheylichkeit des vorigen Richters ziemlichermaßen beschienen sey", die Beschwerde, ohne daß es dabei auf das Vorhandenseyn der Appellations-Summe ankomme, als erwachsen sich darstelle.

Wiewohl nun in diesen gesetzlichen Bestimmungen Anhaltspunkte für die so eben, als die dem gemeinen Rechte entsprechend dargestellte Auffassung sich darboten, indem, wenn auf eine genugsame Anzeige und ziemliche Bescheinigung der Parteilichkeit des Richters hingewiesen wurde, die Bedeutung der gesetzlichen Vor-

aussetzungen der Recusation nach vaterländischem Rechte nicht wohl zweifelhaft seyn konnte, so gab doch ein an das O. A. Gericht zu Cassel gelangter Rechtsfall zu einer Entscheidung Veranlassung, wodurch diese beiden wesentlichen Voraussetzungen nicht blos in Frage gestellt erschienen, sondern schließlich der Rechtssatz festgesetzt wurde: „Appellatum ad juramentum perhorrescentiae absque allegatione causarum specialium, licet id nondum praestitisset, adhuc admittendum fuisse, et proinde sententiam eo, quo supra exhibita est, modo concipiendam esse“ [21]).

Es konnte nicht fehlen, daß, bei der in Hessen gesetzlich sanctionirten Bedeutung der Entscheidungen des höchsten Landesgerichtes [22]), auch dieser veröffentlichte Ausspruch auf die Art und Weise der Handhabung des in Rede stehenden Eides von bedeutendem Einflusse war; daß dieser aber nicht wohlthätig wirkte, zeigte der Erfolg. Nach Verlauf von zwanzig Jahren sah sich nament-

---

21) Decis. Cass. T. II dec. 323 p. 702. Der Fall ist kürzlich der: Ein Einwohner zu Eschwege erbot sich bei der Canzlei zu Rotenburg zu dem juramentum perhorrescentiae gegen den Oberschultheißen zu Eschwege mit dem Antrage, die Canzlei möge in allen seinen künftigen Rechtfertigungs-Sachen entweder selbst judiciren, oder einem Beamten generalem commissionem ertheilen. Der Oberschultheiß wieß in seiner Erklärung darauf hin, daß Ursachen des Verdachts gar nicht angegeben seyen, was um so mehr erforderlich gewesen, als neben ihm, dem Beamten, das Stadtgericht noch mit zwei Bürgermeistern, einem Syndikus ꝛc. besetzt sey, und der Implorant nur seine Reputation zu calumniiren suche, was durch nähere Angaben darzulegen gesucht wurde. In der That verlangte auch die Canzlei vom Imploranten, daß er die nur generaliter angegebenen Ursachen speciell darlegen solle. Derselbe erwirkte aber bei der Regierung ein abänderndes Erkenntniß dahin, daß er zur Abschwörung des offerirten juramenti perhorrescentiae, ohne die Ursachen specialiter anführen zu müssen, zuzulassen sey und die von dem gedachten Beamten an das O. A. Gericht darüber gerichtete Beschwerde hatte den im Text erwähnten Ausspruch (im J. 1770) zur Folge. In den Entscheidungsgründen wurde unter Anderem für die Zulänglichkeit des gedachten Eides in dem bezeichneten Sinne geltend gemacht: man könne nicht vermuthen, daß der Implorant ohne gegründete Ursachen und innerliche Ueberzeugung einen Eyd schwören werde, die causae recusationis aber seyen nicht allemal so beschaffen, daß sie sich öffentlich anzeigen ließen.

22) Vergl. darüber: das O. A. Gericht zu Cassel (J. 1847) §. 31. (S. 97 fg.)

lich die Regierung zu Marburg durch ein Gesuch um Gewährung eines Antrags auf generelle Recusation in Untersuchungssachen veranlaßt, an den Landesherrn zu berichten, „daß man alle Ursache habe, bei dem so sehr überhand genommenen perhorresciren die Grenzen desselben so eng als möglich zu bestimmen", und es wurde denn auch der gedachte Antrag abgeschlagen [23]). Wiederum nach zehn Jahren hatten sich die Folgen jener laxen Ansicht noch bedenklicher gestaltet und jetzt erging deshalb eine Verordnung vom 24. Febr. 1801 ins Land, worin, unter Hinweisung hierauf, gesagt wurde: „Nach einem bisher bestandenen Gerichtsgebrauche ist das Perhorresciren des ordentlichen Richters den Partheyen nicht allein oft in allen ihren Rechtssachen gestattet, sondern auch die Ableistung des Perhorrescenz-Eides, ohne vorgängige Angabe bestimmter Ursachen des Verdachts, zugelassen worden. Da aber dieses Verfahren viele Mißbräuche erzeugt hat, die zu einer offenbaren Justizverzögerung gereichen; so finden Wir Uns bewogen, hierdurch zu verordnen, daß in allen gegenwärtig noch nicht anhängigen Rechtssachen künftig Niemand zu dem Perhorrescenz-Eid gelassen werden soll, der nicht zuvor die Ursachen des Verdachts gegen seinen ordentlichen Richter nahmentlich angegeben und das Obergericht solche hinreichend anerkannt hat" [24]).

Nach diesen Grundsätzen entscheiden sich denn also in Hessen die hier in Betracht kommenden Fragen über die einzelnen Voraussetzungen des Perhorrescenz-Eides.

II. Antrag.

§. 2.

Angabe des Grundes der Recusation.

Die älteren Processualisten wiesen mit Recht darauf hin, daß

---

23) N. Samml. d. hess. Landesordn. Th. IV S. 355.

24) N. Samml. d. hess. L. O. a. a. O. — Auch für den Fulda'schen Gebietstheil wurde bereits durch die Verordn. v. 1775 §. 42 (vergl. Thomas, Fuld. Privatr. Th. III §. 640) eine hiermit übereinstimmende Vorschrift erlassen.

es sich im Grunde genommen nur von einer einzigen causa handele, nämlich vom Vorhandenseyn wirklichen Verdachts wider den Richter [25]. So bemerkte Tancred [26]): »Causa recusationis unica est, scilicet suspicio, quae consurgit multis ex causis«. Und daher ist denn auch die Beurtheilung der Frage, wann ein solcher Grund vorliege, um deswillen, weil ein vollständig erschöpfendes Verzeichniß der einzelnen Gründe aufstellen zu wollen, weder rathsam noch ausführbar [27]) erscheint, die daneben versuchte Classificirung nach dem Grund aber, — je nachdem er nämlich in sola persona judicis, oder in persona judicis et unius litigatoris simul, oder im territorium, oder in der causa controversa beruhe [82]), — ohne erheblichen praktischen Nutzen ist, lediglich Sache des richterlichen Ermessens, welches in den dargebotenen gesetzlichen Fällen einen Anhaltspunct für die Entscheidung weiterer dahin einschlagender Fragen finden wird. Auch die hier zur Anwendung gebrachten Analogieen der Verdächtigkeit der Zeugen [29]), der Gründe, aus welchen ein Procurator zu entfernen ist [30]), können nicht Platz finden, weil dabei die Verschiedenheit der Verhältnisse weniger oder mehr hervortritt, und die Wahl jener schwierigern Feststellung nicht entbehrlich macht.

---

25) cap. 36 X. de appell. (2. 28): »Postremo fraternitati tuae intimamus, quod si causa alicui fuerit delegata, qui consanguineus sit illius, qui literas impetravit, aut in eodem negotio advocati officio functus, vel ex alia justa causa suspectus; hujusmodi delegatus non immerito poterit recusari — « Cf. c. 5 X. de except. (2. 25). Glos. »Justae susp.« ad c. 61 pr. X. de appell. (2. 28).

26) ordo judicior. P. II tit. 6 §. 6 (p. 148.)

27) Beispielsweise ist hier nur anzuführen, daß Durantis 28, Jason 40, Lancell. 50 Gründe in Bezug nimmt. Vergl. Vultejus, l. c. p. 421; Ummius disp. ad proc. dir. 4, n. 56.

28) Vergl. Vultejus, l. cit.

29) Glos. in c. 35 X. de off. et pot. jud. del. (1. 29). Tancred l. c. bezog sich z. B. auf das von verschwägerten Zeugen handelnde c. 18 C. 3 qu. 9.

30) l. 16 D. de proc. (3. 3). Tancred, l. c. (p. 149): »— generaliter — quaecunque causa sufficeret ad recusandum procuratorem vel arbitrum, illam credo sufficere ad recusandum judicem tam ordinarium, quam delegatum.«

Bei der Manchfaltigkeit der Modificationen, welche sich in Beziehung auf die einzelnen Verdachtsgründe in der Lehre der Processualisten und den Gesetzgebungen findet, wird es angemessen erscheinen, einige der bei den hessischen Gerichten geltenden, im Wesentlichen mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts übereinstimmenden, Mißtrauens-Gründe hier anzudeuten. Es kommt

1. der Fall in Betracht, in welchem der Richter beim endlichen Ausgange des zu seiner Cognition gelangten Rechtsstreits ein eigenes rechtliches Interesse hat [31]). So sollte ein Justitiar nicht in Fällen Recht sprechen, in denen der Gerichts-Principal interessirt war [32]); wie denn auch aus demselben Grund der Richter, dem in Beziehung auf eine frühere Amtshandlung eine Syndicatsklage droht, recusirt werden kann [33]). Schon ein mittelbares Interesse genügt hier [34]). Besonders aber kommt dabei das im disciplinarischen Verhältnisse einzelner Mitglieder eines collegialischen Gerichts zu ihrem Vorstande begründete Interesse und die dadurch erzeugte Befangenheit bei der Cognition einer Sache unter den geeigneten Voraussetzungen in Betracht [35]).

---

31) l. 10 D. de jurisd. (2. 1); l. un. C. ne quis in sua causa judic. (3. 5).

32) Decis. Cass. T. I dec. 78; Brandt g. Stein [1212] 1802.

33) z. B. wegen unterlassener Bekanntmachung einer Hypothek bei Bestätigung einer Pfandverschreibung, Göbel g. Göbel, [2328] 1831.

34) Als z. B. die Mitglieder einer Gesellschaft auf eine Weinschuld belangt wurden, bei jener aber auch einige Mitglieder des argegangenen collegialischen Gerichts sich befanden, wurde, auf deshalbigen Antrag, Commission erkannt; Dahn g. Bechtel, 1827.

35) Ein solcher Fall lag vor, als ein Justizbeamter unter Anderem beschuldigt war, daß er in verschiedenen, zu seiner Cognition gehörigen, Proceßsachen nicht nur die Vertretung des Directors des betreffenden Obergerichts durch seinen Actuar als dessen Mandatar gestattet, sondern auch zugelassen habe, daß dieser nicht anwesende Mandant als gegenwärtig im Protocolle aufgeführt werde. Auf ein Recusations-Gesuch des Angeschuldigten sprach der Crim. Senat des O. A. Gerichts aus: „daß — die vorliegende Anschuldigung von der Art ist, daß der O. G. Director X. bei der Entscheidung der Sache nicht würde mitwirken können, es aber auch bei dem amtlichen Verhältnisse, in welchem die Mitglieder des Obergerichts — zu dem Director desselben stehen, nicht für angemessen zu halten ist, diesen, mit Ausschluß des Directors, die Entscheidung der Sache und die sonst darin etwa noch erforderlichen Verfügungen und gericht-

Der gleiche Grund des Interesses eines Richters am Ausgange eines Rechtsstreits tritt aber auch ein, sowohl wenn er in einer an ihn gelangten Sache »advocando vel consulendo« einer der Parteien bedient [36]), als auch, wenn er »in priori instantia judex gravans« gewesen ist [37]).

---

lichen Acte zu überlassen, zumal es bei der großen Anzahl von sonstigen Pflichtwidrigkeiten und Unregelmäßigkeiten, welche bei Visitation des Amts — zur Sprache gekommen sind, das Ansehen gewinnen könnte, als sey die dem Obergerichte obliegende Aufsicht über die Geschäftsführung des Amtspersonals nicht auf die erforderliche Weise gehandhabt worden, —" und überwieß daher das weitere Verfahren in dieser Sache, so wie das abzugebende Erkenntniß einem andern, als dem zuständigen Gerichte. O. A. G. Erk. in Unters. S. g. S. u. Cons. 24/4 1834.

36) Das bestimmt die Hess. O. A. G. Ordn. v. 26. Febr. 1746 Tit. V §. 4. Hatte also früher ein Mitglied des Gerichts beim O. A. Gericht in einer dahin gelangten Sache Schriften unterzeichnet, als Procurator oder Sachführer, so ist es damit von der Entscheidung der Sache ausgeschlossen, Fisc. Pr. g. Wiederholb [6410] 21/1 1843. Als daher z. B. ein zum O. A. Rath beförderter ehemaliger Staatsanwalt einen zwischen dem Staatsanwalt und einem Dritten abgeschlossenen Vertrag, wegen dessen verweigerter Bestätigung jetzt Beschwerde erhoben wurde, früher zur Bestätigung überreicht hatte, wurde er für ausgeschlossen bei der Abstimmung angesehen, Fisc. Pr. [9723] 1845. Als sodann in einer andern Sache von einem Mitgliede jenes Gerichts eine Forderung liquidirt worden war, rücksichtlich welcher dermalen res judicata und nur die Prüfung des Vorzugs jener Forderung vor andern zur Entscheidung vorlag, wurde angenommen, daß, weil von derselben Sache und nur von verschiedenen, in nothwendigem Zusammenhange stehenden Stadien des Processes die Rede, ein Regreß-Verhältniß zwischen der Partei und dem frühern Anwalte aber denkbar sey, das erwähnte Mitglied seiner Stimme sich zu enthalten habe, Keßler g. v. Cochenhausen [4520] 23/6 1838. Dabei wird denn auch kein Unterschied gemacht, ob ein Mitglied des Gerichts einer Partei nur in einem oder dem andern Puncte, oder für die ganze Sache als Sachwalter oder Consulent bedient gewesen ist, weil in einem, wie im andern Falle ein der Unparteilichkeit und Unbefangenheit Eintrag thuendes Interesse möglicher Weise obwalten kann; dem entsprechend wurde verfahren in S. Fisc. Pr. g. Gem. Schwarzenberg [8434] 24/10 1846.

37) Dieß verordnete die O. A. G. Ordn. v. 28. Nov. 1730 §. 1; die vom 26. Febr. 1746 wiederholte die Satzung zwar nicht, sie wurde aber fortdauernd angewendet, selbst in einem Falle, wo ein O. A. Rath, als vorhinniges Mitglied des Gerichts v. Instanz nur die Relation abgefaßt, bei der Ertheilung der angefochtenen Entscheidung aber nicht mehr mitgewirkt hatte, O. A. G. Beschluß 17/8 1836. Aus der Eigenschaft eines O. A. G. Raths, als vorhinniges Mitglied des

Als weitere Recusationsgründe kommen in Betracht

2. der der Blutsfreundschaft bis zum achten Grad civilrechtlicher Computation zwischen dem Gerichtsmitglied und einer Partei [38]); nicht auch zwischen jenem und dem Anwalte der letzteren [39]).

3. Schwägerschaft zwischen jenen Personen [40]), d. h. die eigentliche, nicht die s. g. secundi generis.

4. Feindschaft zwischen dem Richter und einer der Parteien [41]), oder doch wenigstens das Vorhandenseyn „solcher Thatsachen und Verfügungen, welche ihrer Tendenz nach auf eine von der richterlichen Unbefangenheit abweichende leidenschaftliche Richtung hindeuten" [42]); mithin „die Verwaltung einer unparteiischen Rechtspflege" [43]), „ein unbefangenes Urtheil" [44]) nicht erwarten

---

Obergerichts zur Zeit der Entscheidung einer Rechtssache, folgt, bei der Theilung jenes in Sectionen, allein, noch nicht die Mitwirkung bei der Entscheidung. Die Versicherung, nicht dabei thätig gewesen zu seyn, wird in einem solchen Falle für genügend erachtet, und die nähere Darlegung der Verhinderung zur fraglichen Zeit nicht erfordert, Fisc Pr. g. Block, 11/2 1848. Dagegen erscheint alsdann die Theilnahme eines Mitglieds der höheren Instanz an der Entscheidung ausgeschlossen, wenn dasselbe in der vorigen den auf das erlassene Compulsorial-Rescript erstatteten Justifications-Bericht im Concept und in der Reinschrift mit unterzeichnet hat, Herzog v. R. g. Fisc. Pr. [9872] 16/2 1848.

38) Die Bestimmung des hessischen Rechts ist zunächst für die Mitglieder des O. A. Gerichts gegeben in der O. A. Gerichts-Ordn. v. 26. Febr. 1746 Tit. V §. 4.

39) In einem Falle, wo der Commissar ein Bruder des Anwalts einer der Parteien war, fand das O. A. Gericht darin keinen gesetzlichen Recusations-Grund, v. Hausen g. Bock [4821] 29/8 1821.

40) c. 18 C. 3, q. 9; arg. l. 5 pr. D. de injur. (47. 10); l. 22 D. de proc. (3 3). Die erste und letzte dieser Stellen, welche von ältern Juristen, wie Tankred a. a O., in Bezug genommen werden, reden nur von Zeugen und Procuratoren, ein Beleg dafür, wie damals diese Verhältnisse hier angewendet wurden — O A G Ordn. v. 26. Febr. 1746 a. a. O.

41) c. 15 C. 3 q. 5; l. 21 D. de proc. (3 3). — O. A. G Ordn. a. a. O.

42) Aus diesem Grunde wurden vom Crim.- und vom Civil-Senate des O. A. Gerichtes zu Cassel in S. des Commissions-Raths H. auf Bestellung eines andern Untersuchungs- und Civil-Richters abzweckende reformatorische Entscheidungen ertheilt, 9/7 u. 2/12 1829.

43) Bühnsack g. Landgericht zu Fulda [6071] 17/3 1824.

44) Schaub g. Fischbach [2811] 17/2 1830.

lassen [45]). Der bloße Mangel an Zutrauen [46]) rechtfertigt eine solche Annahme eben so wenig, als eine der Intention der Partei entgegen getroffene Anordnung [47]), oder eine mit den Gesetzen nicht übereinstimmende und darum reformirte Entscheidung [48]), da diese auch auf eine nur unrichtige Ansicht oder fehlerhafte Beurtheilung der Sache schließen läßt. Um so mehr sind Behauptungen wie die: der Richter verzögere die Justiz [49]), habe einer Partei zu viel Kosten abgenommen [50]), sey in mißbeliebiger Weise

45) In einem Erkenntnisse des Crim.-Senats des O. A. Gerichts zu Cassel wurde gesagt: Es müßten solche Recusations-Gründe vorliegen, wodurch die richterliche Unbefangenheit gegründetem Zweifel unterworfen werde, oder welche wenigstens geeignet seien, eine deshalbige Besorgniß bei dem Recusirenden zu veranlassen (O. A. G. Decr. in U. S. g. Jordan v. 21/1 1842). Eben so wurde auf das Recus.-Gesuch eines wegen Amtsvergehen von der ihm vorgesetzten Justiz-Canzlei zur Untersuchung gezogenen Justizbeamten, wegen der vom Angeschuldigten in Bezug genommenen persönlichen Mißverhältnisse zwischen ihm, als vormaligen Fürstl. J.'schen Commissar und der Mehrzahl der Mitglieder der gedachten Justiz-Canzlei, welche durch eine Bescheinigung jenes Fürstl. Hauses wahrscheinlich gemacht wurde, mit Rücksicht auf den Umstand, daß die Einleitung der Untersuchung von derselben Justiz-Canzlei veranlaßt worden war, ein anderes Obergericht mit der Untersuchung und Entscheidung der Sache beauftragt (O. A. G. Decr. v. 22/7 1824 in U. S. g. Pohl).

46) Plaut g. Lapp, 1/6 1825.

47) Als z. B. eine Vormünderin den Richter deshalb recusirte, weil er sich befugtermaßen über die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Ergreifung eines Handwerks von Seiten des Curanden ausgesprochen hatte, erklärte das O. A. Gericht die Beschwerde über Verwerfung jenes Gesuchs für unbegründet, Michaeli g. Dedolph [498] 22/4 1827.

48) v. Buttlar g. Beyer [2177] 3/2 1830; Schaub g. Fischbach [2811] 17/2 1830, in Erw.: „daß die etwaige Gesetzwidrigkeit einer gerichtlichen Entscheidung an und für sich den sie ertheilenden Richter zur Fortsetzung seines Richteramts weder unfähig, noch, der betreffenden Partei gegenüber, rechtlich verdächtig macht"; Müller g. v. Degenfeld [255] 8/10 1836; U. S. g. Cronhard, O. A. G. Decr. v. 5/8 1844, in Erw.: „daß — aus stattgefundenem unregelmäßigen Verfahren rücksichtlich der vorgenommenen Verhaftung (des Angeschuldigten) auf eine Befangenheit des Untersuchungsrichters nicht zu schließen seyn würde."

49) Renzel g. Alfermann [7139] 9/2 1825. Es führt das zur Protract-Beschwerde.

50) Göbel z. S. Göbel [8612] 23/5 1829. Hierdurch wird eine einfache Beschwerde begründet.

gegen eine Partei, ihre Zeugen [51]), oder ihren Anwalt vorgeschritten, oder habe ein ungünstiges Zeugniß über die Amtsführung eines Anwalts ausgestellt [52]) zur Begründung der Annahme einer Besorgniß, das Gericht werde in der den Recusirenden betreffenden Rechtssache nicht mit voller richterlicher Unfangenheit erkennen, ungeeignet.

Obschwebende Civil-Rechtsstreitigkeiten des Richters und einer Partei hat man nicht unter allen Umständen zur Begründung der Recusation für genügend erachtet, vielmehr dabei auf den Betrag des Streitobjects gesehen und daher z. B. in einem Falle, wo das letztere nur 25 Thlr. betrug, darin jene Begründung nicht gefunden [53]).

Anders verhält es sich dagegen, wenn die Partei die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens gegen den Richter veranlaßt und solches sein Ende noch nicht erreicht hat, indem darin allerdings ein hinlänglicher Ablehnungsgrund zu finden ist [54]).

5. Umgekehrt stellt sich auch eine vertraute Freundschaft als einen solchen dar [55]); vorausgesetzt, daß sie in genü-

---

51) Als daher ein Richter auf die von einer Partei gegebene Veranlassung solche mehrmals aus der Amtsstube gewiesen, v. Schenck ux. [3403] 15/9 1835, — einen Zeugen vor Abänderung seiner Aussagen bei Meidung von Zuchthausstrafe gewarnt hatte, Schaub g. Eberling [6585] 12/5 1844, — wurden diese Momente als zur Begründung eines Recus.-Gesuchs genügend nicht erachtet.

52) Bode g. Beauvais, 23/3 1831.

53) Plaut g. Lappe, 1/6 1825.

54) Laucht betr. [1886] 14/3 1835, in Erw.: „daß aus den Acten des Crim.-Senats des Obergerichts — sich ergibt, daß der Amtmann X. von den Querulanten beschuldigt worden ist, sie bei der Auszahlung eines Depositums verkürzt zu haben, — daß wegen dieser Beschuldigung eine Zurechtweisung gegen denselben stattgefunden hat und darüber noch nicht endlich erkannt worden ist, — hierin aber die allgemeine Perhorrescenz des genannten Beamten einen genügenden Grund findet.

55) Gemeinrechtlich wird dafür (Tancred., l. cit.) in Bezug genommen: c. 25 X. de offic. et pot. jud. deleg. (1. 2), welches den Fall enthält, wo nach der Litiscontestation die Partei mit dem Richter »familiaris est effectus«, und deshalb der Gegner »merito« den letzteren soll recusiren können; arg. l. 16 C. de offic. praes. (1. 18). — O. A. G. Ordn. v. 26. Febr. 1746 a. a. O.

gender Weise dargelegt wird. Völlige Unfähigkeit des Richters zur Ausübung seiner richterlicher Thätigkeit wird dadurch nicht herbeigeführt, vielmehr gibt ein solches Verhältniß nur einen Grund ab, jenen abzulehnen [56]).

In Beziehung auf die Mitglieder des obersten Gerichts bietet „tägliche und argwöhnliche Gemeinschaft und Familiarität mit einer Partei, einem Procurator, Sollicitator" [57]) Grund zur Recusation dar. Analog diesem ist das Verhältniß, in welchem ein Richter als Patron einer öffentlichen Anstalt, z. B. einer Stiftung, sich befindet [58]).

Nach dem oben Bemerkten versteht es sich von selbst, daß neben diesen Beispielen noch andere vorkommen können, in welchen ein gerechter Grund zur Recusation des Richters enthalten ist.

§. 3.

Bescheinigung des Grundes.

In Uebereinstimmung mit der früher, als die den Gesetzen entsprechende Lehre vieler Processualisten, bezeichnete Annahme, daß ein specieller Verdachtsgrund nicht blos angegeben, sondern auch wahrscheinlich gemacht werden müsse (S. 474 fg.), wurde durch verschiedene Aussprüche der vaterländischen Gesetzgebung des vor. Jahrhunderts darauf hingewiesen, daß derselbe auch „ziemlichermaßen" bescheinigt sey, eine „genugsame Anzeig" enthalten müsse (S. 476). Wenn nun auf Veranlassung der erwähnten O. A. G. Entscheidung aus dem J. 1770 und der ihr nachgefolgten Praxis, zufolge deren die Angabe specieller Verdachtsgründe nicht für erforderlich gehalten worden war, im J. 1801 diese letztere wieder als eine nothwendige Voraussetzung eingeschärft und zugleich die Zulassung einer Partei zum Per-

56) Die Unterlassung dieser Ablehnung hat die Richtigkeit des fortgesetzten Verfahrens nicht zur Folge, Pickardt g. Pickardt [1216] 28/11 1847.

57) O. A. G. Ordn. v. 26. Febr. 1746 Tit. VI §. 10.

58) Demgemäß wurde es zugelassen, daß ein Mitglied des O. A. Gerichts wegen einer solchen Eigenschaft seiner Stimme sich enthalte, Genfersche Stiftung g. Sackreiter [349] 11/2 1846.

horrescenz=Eide davon abhängig gemacht wurde, daß das Obergericht jene Gründe für hinreichend anerkannt habe, so wird man annehmen dürfen, wie für den Fall, daß es überhaupt einer Bescheinigung des Grundes bedarf, diese nicht solle fehlen dürfen. Eine namentliche Bezeichnung des Grundes allein wird man, da sie ersonnen worden seyn kann, regelmäßig für ungenügend erachten müssen. Diese Annahme findet denn auch in dem Umstande Unterstützung, daß in einer spätern, im J. 1816 ergangenen, gesetzlichen Bestimmung ausdrücklich die Bescheinigung des angegebenen Recusationsgrundes erfordert wird [59]).

Uebrigens versteht es sich in Ansehung dieses Erfordernisses der Bescheinigung eines Verdachtsgrundes von selbst, daß von ihr so wenig als vom Perhorrescenz=Eide alsdann die Rede seyn kann, wenn entweder jene Gründe erwiesenermaßen, oder notorisch falsch oder umgekehrt notorisch wahr sind, indem nach sonstigen Rechtsgrundsätzen dergleichen Verhältnisse weder zum Beweis, noch zur Eidesleistung ausgesetzt werden können [60]). Nur in dem Falle also, wenn ein solcher Verdachtsgrund zweifelhaft erscheint, kann von der Nothwendigkeit einer solchen Bescheinigung überhaupt die Rede seyn.

---

59) Nach dem Anfall des Fulda'schen Gebietstheils wurde durch die Verordn. v. 28. Dec. 1816 die fortdauernde Giltigkeit der Oran. Nassau. Fulda'schen Verordn. v. 10. Nov. 1804, das gerichtliche Verfahren bei den höheren Gerichten betreffend, mit einigen Modificationen anerkannt; zu diesen aber gerechnet, daß, wenn ein Richter in einem der bezeichneten (Recusations=) Fälle, so wie in dem, wenn er selbst bei der Sache mittelbar oder unmittelbar betheiligt sey, sich nicht selbst von dem Votiren ausschließen, oder durch den Director nicht ausgeschlossen werden sollte, die Partei, welche denselben recusiren wolle, eine Vorstellung überreichen und den Recusationsgrund bescheinigen müsse. Werden, heißt es dann weiter, nur gegen einen oder zwei Richter Recusationsgründe vorgebracht, so entscheidet das Gericht selbst (mit Ausschluß der recusirten Glieder, deren Erklärung es zuvor einzufordern hat) über die Statthaftigkeit der Recusation, unter Vorbehalt des Recurses an das O. A. Gericht. Geht aber die Recusation gegen mehr als zwei Glieder oder gegen das ganze Gericht, so muß sie, wenn sich dasselbe nicht freiwillig seines Amtes enthalten will, bei dem O. A. Gerichte angebracht werden.

60) c. 3 X. de test. cog. (2. 21); l. 3 C. de reb. cred. (4. 1).

§. 4.

III. Richterliche Prüfung und Entscheidung auf den Antrag. (Perhorrescenz-Eid.)

Die Zuständigkeit eines Gerichtes zur Annahme eines solchergestalt qualificirten Recusations-Gesuches bestimmt sich danach, wider welche Gerichtspersonen solches gerichtet wird, ohne daß jedoch nach dem Bisherigen der Unterschied des römischen Rechts zwischen dem Magistrat und dem Judex resp. dem delegirten Richter eine weitere praktische Anwendbarkeit als etwa die hat, daß der Antrag auf Entfernung eines Commissars einer weniger strengen Beurtheilung als der auf Beseitigung eines ordentlichen Richters unterliegt [61]). Wie heutigestags nach dem gemeinen Rechte [62]), also ist auch zufolge der oben (S. 478) angezogenen Bestimmungen des hessischen Rechtes das Rechtsmittel, welches dargeboten ist, der Regel nach ein devolutives. Handelt es sich um Recusation eines untern und Einzelrichters, alsdann wird, — wenn nicht überhaupt der Antrag alsbald verworfen und die Sache an das recusirte Gericht zurückgewiesen werden muß, — der Antrag beim Obergerichte angebracht, welches, statt die Sache selbst zu behalten [63]), einen Commissar zur Aburtheilung derselben, vorbehaltlich des gewöhnlichen Instanzenzugs, bestellt [64]). — Von diesem regelmäßig eintretenden Falle ist der verschieden, wenn ein Richter-Collegium recusirt wird, oder einzelne Mitglieder desselben [65]). Hier wird das Gesuch, unter namentlicher Bezeichnung der einzelnen Mitglieder [66]), bei dem Collegium selbst, nicht beim höheren Richter, angebracht und entschieden [67]); es müßte denn seyn, daß

61) Hupfeld betr. [3122] 2/12 1829.

62) Vergl. z. B. Cropp, a. a. O., §. 13 (S. 78 fg.)

63) nach c. 61 pr. X. de appell. (2. 28).

64) Für das Obergericht in Fulda nur wurde noch durch die Verordn. v. 28. Dec. 1816 §. 2 vorgeschrieben, daß, wenn die Recusation für gegründet gefunden werde, „die Transmission der Acten an auswärtige Rechtsgelehrte erkannt werden solle."

65) z. B. die eines collegialisch besetzten Unter-, (Bühnsack g. Landgericht zu Fulda [6071] 1824), oder Ober-Gerichts (Schwaner g. Schwaner [2736] 1831).

66) Schwaner g. S. [2735] 1831.

67) Die Lehre des gemeinen Proceßrechts stimmt damit überein; vergl. Cropp, a. a. O., S. 79.

auch der Vorstand jenes unter den abgelehnten Richtern sich befände, oder, außer den recusirten, keine beschlußfähige Anzahl von Mitgliedern vorhanden wäre, wo dann die Zuständigkeit des höhern Gerichts eintritt [68]).

Ist nun die Zuständigkeit des Gerichts und der Antrag in Beziehung auf die Specialisirung der einzelnen Mißtrauens-Gründe und deren Bescheinigung dargelegt, so wird dann vom Gerichte auf die Ablegung des Perhorrescenz-Eides erkannt, die dahin z. B. erfolgt: „daß er (der Recusirende) sich aus den angezeigten Gründen überzeugt halte, das Gericht werde in den ihn betreffenden, zu dessen Competenz geeigneten Rechtsstreitigkeiten eine unparteiische Gerechtigkeitspflege ihm nicht gewähren" [69]). Indem sich also dieser Eid keineswegs darauf zu erstrecken hat, daß dem recusirten Richter eine Parteilichkeit wirklich zur Last falle, wird durch denselben nur die subjective Ueberzeugung des recusirenden Theils dergestalt außer Zweifel gesetzt, daß die spätere Aeußerung des recusirten Richters über die Recusation nicht sowohl als eine Vertheidigung desselben, sondern vielmehr als ein Mittel die Sachlage genauer kennen zu lernen, in Betracht kommt [70]).

Was endlich die oben (S. 470) erwähnte vierte Annahme betrifft, daß nämlich der Perhorrescenz-Eid überhaupt unstatthaft sey, so ist dieselbe in manchen neueren Gesetzgebungen

---

68) So wurde in einer Untersuchungssache, in welcher der Angeschuldigte einen Rath und den Director des Obergerichts recusirt hatte, das bei dem Crim. Senate des O. A. Gerichts angebrachte deshalbige Gesuch, soweit es wider den ersteren gerichtet war, als nicht dahin gehörig zurückgewiesen, in Beziehung auf den letzteren aber angenommen, O. A. G. Decr. in U. S. g. Jordan, v. 31/12 1841 u. v. 24/1 1842. Damit stimmt auch die bereits früher (S. 486) erwähnte Bestimmung der für das Obergericht zu Fulda erlassenen Verordn. v. 28. Dec. 1816 überein. — Ueber die verschiedenen Ansichten der Rechtslehrer in der vorliegenden Beziehung vergl.: Cropp, a. a. O., S. 80.

69) Brack betr. 27/1 1819; Bühnsack g. Landgericht zu Fulda [6071] 17/3 1824; insonderheit im Fall der Eid in Beziehung auf den Commissar zu leisten ist, Isenburg W. g. Stadt Gelnhausen [3798] 13/12 1820.

70) Brack betr. 10/3 1819. Im Obigen ist auch die gemeinrechtliche Streitfrage berührt: ob wider den Perhorrescenz-Eid dem Gegner des Recusirenden der Gegenbeweis zu gestatten sey; vergl. darüber: **Lauterbach, diss. de jur. perhorresc. §§. 49 u. 50.**

sanctionirt worden, z. B. in der preußischen[71]), der badenschen[72]), womit auch der würtembergsche Gesetz-Entwurf[73]) übereinstimmt. — In der hannöverschen Gesetzgebung hingegen hat man den Grundsatz festgehalten, daß nur nach vorgängiger specieller Angabe von Verdachtsgründen und deren Bescheinigung, wozu aber Eidesdelation nicht benutzt werden soll, auf den Recusations-Antrag eingegangen werden darf. Nur in Ansehung des Verhältnisses der Feindschaft oder vertrauten Freundschaft des Richters zu einer der Parteien soll, statt der Bescheinigung, der Perhorrescenz-Eid auferlegt werden dürfen[74]).

---

71) Allgem. Gerichtsordn. Th. I Tit. 2 §. 143. Vergl. Heffter, Civilproc. in d. preuß. Staaten, §. 26.

72) Proceßordn. v. 1831 §. 71.

73) v. 1847 Art. 87.

74) Allgem. hannov. Proceßordn. v. 4. Dec. 1847 §§. 15—17; u. vom 8. Nov. 1850 §§. 21—25.

Neunter Abschnitt.

Der Appellations-Eid.

In Appellationssachen kann zunächst der Eid als Mittel der Bescheinigung des Vorhandenseyns der Appellations-Summe vorkommen. In dieser Beziehung ist nur ein Erbieten zum Eide in Hessen für unzulässig erachtet worden [75]). Dahingegen hat man unter gewissen Voraussetzungen eine Auflegung des Eides von Amtswegen für statthaft erachtet; alsdann nämlich, wenn es der Werthermittelung eines, theils seiner Beschaffenheit, theils der eintretenden besondern Umstände nach zu einer Schätzung durch die gewöhnlichen Mittel nicht geeigneten, gleichwohl nicht ganz unschätzbaren Beschwerde-Gegenstandes gilt, so daß also nur der Mangel der Schätzbarkeit des Appellations-Objects auf dem gewöhnlichen Wege die Aushilfe durch diesen Eid bedingt. Unzulässig ist daher dieser Eid bei Gegenständen, welche an und für sich, mittelst Benutzung der gewöhnlichen Mittel der Werthbestimmung, schätzbar sind; er ist überflüssig bei Gegenständen, die an und für sich unschätzbar und daher schon um deswillen erwachsen sind, geeignet aber zur Feststellung der Erwachsenheit z. B. in dem Fall, wenn der Appellant zur speciellen Werthangabe der das Streitobject bildenden, ihm gepfändeten Sachen des-

75) Bornscheuer g. Matthäi [3089] 1836; Töpfer g. Same [6821] 25/5 1840; Michel g. Becker [7020] 29/4 1840; Rügge g. Barkhausen [6582] 24/2 1841; Brehler g. Bornträger [376] 22/4 1846.

halb außer Stand zu seyn behauptet, weil er sie nicht besitze und auch den Besitzer nicht zu bezeichnen im Stande ist [76]).

Sodann aber kommt der Eid in dem bezeichneten Stadium des Processes in besonderer Beziehung auf die Appellations-Wohlthat als Appellations-Eid im eigentlichen Sinne in Betracht. Das beneficium non deducta deducendi und nondum probata probandi, diese »Rosa inter spinas«, wie sie von manchen Rechtslehrern [77]), und »corruptela Judiciorum«, wie sie von Andern [78]) genannt wird, hat bekanntlich den Sitz in der in der vorletzten Note bezeichneten Stelle des römischen Rechtes, eine weitere Ausbildung aber in den reichsgesetzlichen Proceß-Vorschriften [79]) erhalten. Diese Rechtswohlthat trat früher in Beziehung auf den Appellanten oder Appellaten ein, welcher lediglich darüber einen Eid zu leisten hatte, daß er sein neues Anbringen zur Zeit des Verfahrens in erster Instanz nicht gekannt habe, oder geltend zu machen im Stande gewesen, oder für dienlich erachtet, nunmehr aber dafür halte, daß dieß Alles zur Erhaltung seines Rechtes dienlich und nothwendig sey. Das canonische Recht verlangte, es solle bescheinigt, oder eidlich erhärtet werden, das die neuen Gründe oder Beweismittel erst jetzt entdeckt worden seyen [79a]). Es waren das aber nur die Fälle der Appellation in Austräge- [80]), Spolien- [81]), in Moderations-Sachen der beschwerten Reichs-Stände [82]). In Folge der erwähnten Kammergerichts-Bedenken erhielt indeß dieser Eid im Appellations-Processe eine umfassendere Anwendung, indem im §. 73 des J. R. A. bestimmt wurde: „Lassen wir es — bey dem Ausschlag Deputations-Abschieds de an. 1600 ꝛc. ꝛc. nochmalen bewenden, also daß in dieser Instanz

76) Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. VI S. 562—564.

77) A. Beier, diss. »Rosa inter spinas« l. 4 C. temp. et repar. (7. 63); l. 37 in f. C. de appell. (7. 62); Jen. 1705.

78) L. Hugo, de abusu appell. tollendo cap. VI p. m. 66.

79) K. G. O. Th. III Tit. 33 §. 3; Deput. Absch. v. 1600 §. 114. Vergl. über die späteren Kammergerichts-Bedenken z. B.: Mynsinger, cent. 1, obs. 41; decad. 9 et resp. 85; dec. 1 resp. 2.

79 a) c. 4 de elect. in 6.

80) K. G. Ordn. T. II Tit. 6 i. Eing.

81) K. G. Ordn. Th. II Tit. 8 §. „Wo aber ꝛc."

82) R. A. 155 §. 26.

nicht allein, nach Ausweiß gemein beschriebener Rechten, was in priori Instantia nicht vorkommen oder deducirt worden, de novo zu deduciren und zu beweisen, sondern auch, was in voriger Instanz allbereit vorbracht, ferner und besser zu beweisen verstattet werden soll, jedoch mit dieser Maaß und Bescheidenheit, daß der Appellant bei Einführung des Proceß, — sich zum Eyd erbieten und denselben dergestalt zu leisten vor allen Dingen schuldig seyn soll: daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehro aber davor halte, daß solches alles zur Erhaltung seines Rechtens dienlich und nothwendig sey. Gleiche Meynung hat es mit dem Appellaten, wenn derselbe in zweyter Instanz was neues forbringen wolte" [83]).

In Hessen wurde durch eine kurz nach dem J. R. A. ergangene Verordnung [84]) die Befugniß zu neuen Deductionen in der Appellations-Instanz von dem Vorhandenseyn „sonderbarer wichtiger vhrsachen", welche eine „anders und fernere außführung erforderten" abhängig gemacht; dieser Satz wurde für das später eingesetzte O. A. Gericht wiederholt [85]) und nur rücksichtlich des Appellations-Processes in den Mittel-Instanzen [86]) die Vorschrift ertheilt, daß wenn gleich regulariter über des Appellati Exceptions- und Submissions-Schrift keine weiteren Handlungen zugelassen werden sollten, doch „allenfalls — und dafern von dem Appellaten neue in facto beruhende und vorhin nicht vorgekommene Umstände vorgebracht würden, diese Nova in termino kurz, doch punctatim angezeigt werden müßten". Die Praxis verstand unter diesen „neu vorgekommenen Umständen", abgesehen von den neuerdings entstandenen und privilegirten Einreden nur solche Ausführungen, welche auf früher bereits vorgebrachte Thatsachen sich bezogen, die Klage also

83) Demgemäß war im §. 118 des J. R. A. der zur Abwendung jeder Gefährde von der Partei und ihrem Advocaten zu schwörende Appellations-Eid normirt.

84) Canzlei-Ordn. v. 20. März 1656, Tit. 9 §. 49.

85) O. A. Gerichts-Ordn. v. 26. Febr. 1746 Tit. III §§. 4, 10.

86) Verordn. v. 6. Jul. 1770 §. 14.

nur erläuterten, besser unterstützten, oder eine neue rechtliche Eigenschaft ihr beilegten. In Ansehung der Richtung der Appellations-Wohlthat auf die Befugniß bessern Beweis zu führen, wurde dagegen die genaue Angabe, wie das geschehen solle und zwar durch Vorlegung der zu Gebote stehenden bessern Beweismittel erfordert.

Nach diesen Grundsätzen, rücksichtlich deren näherer Ausführung der Verf. auf seine frühere speciellere Darstellung des hessischen Appellations-Processes sich beziehen muß[87]), war von einer Vorbringung neuer Einreden, neuer Litiscontestation, neuer Repliken rc., nicht die Rede und die Verweisung derselben in die vorige Instanz rechtfertigte sich dadurch, daß ehedem in der Regel die Appellations-Instanz durch Decrete erledigt wurde, die betreffende Partei also dadurch in die Lage gesetzt war, dergleichen Vorbringen in der unteren Instanz noch geltend zu machen.

Die Gesetzgebung des J. 1834[88]) modificirte diese Grundsätze in Betreff der Appellations-Wohlthat durch die Vorschrift: „Neue Thatsachen und Beweismittel sind auch bei der in der Appellations-Instanz erfolgenden Entscheidung über die aufgestellten Beschwerden nur dann zu beachten, wenn sie verbunden mit einem begründeten Restitutions-Gesuche in der Appellations- oder Exceptions-Schrift vorgebracht werden“. Diese zur Verhütung des Mißbrauchs der Appellationen durch Einbringung verspäteter Vertheidigungs-Momente bezweckende Bestimmung machte also einerseits die Geltendmachung neuer Thatsachen und Beweismittel abhängig von begründeten Restitutions-Gesuchen, erschwerte mithin insofern die Benutzung der Appellations-Wohlthat; — anderntheils aber enthielt sie doch eine Begünstigung des Nachsuchenden in der Hinsicht, als derselbe, da gewöhnlich zweiseitige Verhandlungen in der Appellations-Instanz stattfinden und die dem anfechtbaren Erkenntnisse vorausgegangenen Bescheide und Decrete für den Appellationsrichter keine verbindende Kraft mehr haben, in der Regel Alles

---

87) Das O. A. Gericht zu Cassel, nach seiner Competenz, Proceß (J. 1847), §. 67 S. 236 fg.

88) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 46.

wird vorbringen können, was nach dem bisherigen Rechtsstreite zur Anfechtung resp. Aufrechthaltung der Klage, wie sie angestellt worden, nöthig und dienlich erscheint; weshalb denn nunmehr allerdings der Verklagte mit neuen Einreden, Geltendmachung der versäumten negativen Litiscontestation, der Kläger mit neuen Repliken, beide Theile mit neuen Beweismitteln, unter der angegebenen gesetzlichen Voraussetzung, zugelassen werden müssen. Zur Begründung des darunter begriffenen Restitutions-Gesuchs gehörte: genaue Bezeichnung des Gegenstandes des letzteren, Wahrung der Fristen, Nachholung der versäumten Handlung und endlich das Erbieten zur Ausschwörung des Restitutions-Eides. Mit dem deshalbigen Erkenntnisse wird sodann gleichzeitig die Vornahme derjenigen Handlungen, welche nach erfolgter Leistung jenes Eides stattfinden müssen, angeordnet [89]).

Blickt man zurück auf diese kurzen Andeutungen über die Geschichte des Appellations-Eides, so ist dabei bemerkenswerth, daß derselbe aus seiner ursprünglichen Bestimmung zu einer veränderten gekommen ist, und mit dem Restitutions-Eide, mit welchem er übrigens auch seine rechtliche Natur als Calumnien-Eid theilte, verschmolzen wurde, so daß also in Hessen nur vom letzteren noch die Rede ist.

---

89) Vergl. über diese Grundsätze: das O. A. Gericht zu Cassel 2c., S. 240—244.

Zehnter Abschnitt.

Der Restitutions-Eid.

Dieser Eid, welcher im Laufe der processualischen Restitutionen als ein regelmäßig statthaftes Mittel der Bescheinigung des Restitutions-Grundes vorkommt [90]), hat vorzugsweise in der Lehre von der Restitution wegen neuen Vorbringens seine nähere Ausbildung erhalten.

Nicht lange, nachdem der im vorigen Paragraphen erwähnte Appellations-Eid durch den J. R. A. §§. 73, 118 angeordnet worden war, wurde auch in Beziehung auf das Rechtsmittel der Restitution, zur Verhütung des Mißbrauchs desselben durch Verkehrung in ein Revisorium, durch den gemein. Bescheid vom 7. Jul 1699 [91]) verordnet, nicht bloß, daß die Advocaten und Procuratoren „einzig und allein die in facto emergirende neue, dienlich und erhebende Umstände, oder zu Hand gebrachte Urkunden, — in denen Handlungen, so sie deßhalben überreichen, kurz und nervose einführen", — sondern auch, daß die Procuratoren „mit Special-Gewälten von ihren Principalen zur Abstattung des Eydes, daß weder sie oder ihre Principale und deren Advocaten von solchem neuen Einbringen vorhero einige Wissenschaft gehabt, oder selbiges zur Sachen dienlich zu seyn nicht vermeynet, jederzeit ge-

---

90) Gensler, Archiv für civ. Pr. B. IV Nr. 12, S. 117 a. E.

91) Abgedr. bei Gönner, Handb. d. Proc. Th. III Abh. 66 §. 4. (S. 493 fg.)

faßt erscheinen sollen". Dieser Eid sollte vom schwörenden Procurator in seines Prinzipalen, wie auch in seine eigene Seele zu Gott und auf das heilige Evangelium und zwar im ersten Termin, zufolge der Vorschrift des gemein. Bescheids vom 7. Juli 1671 geschworen werden. Wie hiernach diesem Restitutions-Eid, gleich seinem Vorbilde, dem erwähnten Appellations-Eide, die Natur eines Calumnien-Eides beigelegt wurde [93]), so war damit eine Erweiterung des Rechtsmittels der Restitution, die Zulassung nämlich von solchem neuem Vorbringen eingeführt, welches zwar der Partei schon früher bekannt gewesen war, was man aber früher zu erwähnen nicht für dienlich erachtet hatte. [94])

In Hessen wurden diese Grundsätze anerkannt, indem in der O. A. Gerichts-Ordnung v. 26. Febr. 1746 [95]) die Vorschrift enthalten ist: „daß, wenn eine Partei wider ein bei dem O. A. Gerichte eröffnetes Urtheil ex generali praetoris clausula Restitution begehre und entweder neue vorgefundene Urkunden oder auch sonst in facto beruhende Umstände und rechtmäßig erhebliche Ursachen vorbringe, die da vormals in denen Gerichtshandlungen nicht angezogen, noch deducirt worden und so gethan seyen, daß das Urtheil, wenn das Gericht vorhin davon Wissenschaft gehabt, anders hätte ausfallen müssen, dieselbe damit zwar gehört, vorhero aber der gewöhnliche Restitutions-Eid von der Partei und ihrem Advocaten wirklich abgeschworen und im Falle sich hiernach finde, daß die Restitution gefährlicher Weise gebeten sey, sowohl die Partei als der Advocat nach richterlicher Ermäßigung bestraft werden solle." In der Anwendung dieser Vorschrift gelangte man dann zu der weiteren Annahme, daß wenn die Partei bestimmt behaupte,

---

92) Vergl. das vollständige Formular bei Gönner, a. a. O. S. 497.

93) Diese Gleichstellung geht aus dem Eingange des gem. Bescheids vom 7. Juli 1671 hervor, indem es darin heißt: „Gleichwie — das juramentum calumniae et appellationis in primo termino abzustatten — also auch hinführo in denjenigen Sachen, worin man gegen die hierselbst ausgesprochenen Urtheile das remedium restitutionis in integrum an Hand zu nehmen gemeint ist — das hierüber nunmehr absonderlich verfaßte juramentum."

94) Vergl. hierüber besonders: Bickell, kurheff. Zeitschrift für Recht ꝛc. Th. I S. 166 Not. 69.

95) Tit. VII §. 2.

daß das neue erhebliche Vorbringen von ihrem Anwalte instructionswidrig bei den früheren Verhandlungen nicht benutzt worden, sie selbst aber dabei nicht in Verschulden sey, dem Anwalte also namentlich zeitig und in gehöriger Weise die Instruction ertheilt habe, sie auf diesen Grund hin um Restitution gegen das nachtheilige Erkenntniß bitten könne. Es wurde das [96]) damit gerechtfertigt, daß der abzuleistende Restitutions-Eid als ein Calumnien-Eid sich verhalte, der dem Richter die Versicherung geben solle, daß nicht aus Chicane von dem Rechtsmittel Gebrauch gemacht werde, weshalb denn derselbe nach Maßgabe besonderer Umstände einer Modification seiner Form unterworfen werden könne und die eidliche Versicherung der erwähnten Angabe des Imploranten völlig geeignet erscheine, den Verdacht eines calumniösen Gebrauchs des Restitutions-Gesuchs zu entfernen.

In der neuern Zeit gelangte man indessen zu der Ueberzeugung, daß rücksichtlich der Restitution wegen neuen Vorbringens in so fern zu weit gegangen sey, als man auch demjenigen ohne Weiteres Restitution ertheilt, welcher die erhebliche Thatsache schon früher gekannt, sie aber nicht für erheblich gehalten habe; indem dadurch die Auctorität der rechtskräftigen Entscheidung ohne hinreichenden Grund und mit Begünstigung des Rechtsirrthums in hohem Grade erschüttert worden sey. Die Gesetzgebung verfuhr hier gleichmäßig in dem Appellations- und Restitutions-Verfahren, indem sie das beneficium appellationis nondum deducta deducendi et nondum probata probandi einschränkte und unter dieselben Voraussetzungen, wie das neue Vorbringen beim Rechtsmittel der Restitution, stellte. In der letzteren Beziehung waren nunmehr die Grundsätze kurz die: Wenn die Partei das neue Vorbringen schon früher gekannt und es nicht für dienlich zur Sache gehalten, so soll sie darauf allein das Restitutions-Gesuch nicht stützen können; es ist daher hier ein besonderer prätorischer Restitutions-Grund, wie z. B. Minderjährigkeit, zu dem Ende erforderlich, um gegen die Nachtheile der Unterlassung geschützt zu werden; indem hier die letztere den Charakter einer Versäumung

96) Gumprecht g. Lennep'sch. Cur. O. A. G. Entsch. v. 17/12 1825. Vergl. Bickell, a. a. O. S. 168 Not. 73.

an sich trägt. Hat dagegen die Partei die ihr bekannte erhebliche Thatsache ihrem Anwalte mitgetheilt und dieser solche nicht berücksichtigt, alsdann soll ihr die deutschrechtliche Restitution zu gut kommen [97]).

1. Wenn nun auf den Grund des neuen Vorbringens ein Gesuch um Restitution vorgebracht ist, so wird, es läge denn der Fall der Offenkundigkeit, wie z. B. beim Fiscus, vor, dessen alsbaldige Bescheinigung erfordert, wozu, wie bereits im Anfang dieses Paragraphen bemerkt worden ist, die Leistung des Restitutions-Eides der Partei, wozu sich inzwischen, bei Meidung der Zurückweisung des Rechtsmittels, vom Nachsuchenden, oder, unter Umständen, auch von seinem General-Mandatar [98]) erboten werden muß [99]), — geeignet erscheint. Derselbe ist jedoch in dem Falle ausgeschlossen, wenn sein Gegenstand sich aus den Acten widerlegt, z. B. in Beziehung auf die Behauptung, in Ansehung der unterbliebenen Abhörung der Zeugen zu einem späteren Zeitpuncte erst Kenntniß erhalten zu haben, erhellt, daß der Implorant jener beigewohnt habe [1]). Er wird der Wahrheit nach abgelegt, wenn dem letzteren die betreffende Thatsache bekannt war, es sich z. B. von der angeblich Seitens der Partei dem Anwalt geschehenen Bezeichnung neuer Zeugen handelt [2]); dem Glauben nach dagegen, wenn jene ihm fremd sind, also z. B. Erben, oder der Staatsanwalt, oder ein zeitiger Gemeinderath über die in die Zeit der Amtsvorgänger fallende Auffindung neuer Beweismittel jenen Eid leisten sollen [3]).

---

97) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 14: „Um auf den Grund, daß man das neue Vorbringen nicht für dienlich erachtet habe, Restitution erhalten zu können, muß dargelegt werden, daß die Partei den erheblichen Umstand ihrem Anwalte bei der ertheilten Anweisung wirklich angegeben und dieser solchen unberücksichtigt gelassen hat.“ Vergl. Bickell, a. a. O. S. 169.

98) Pütter g. v. Hundelshausen, 1828.

99) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 13. Blumenthal g. Baupel [6178] 1839; Schnabel g. Rau [7234] 1840. Im Fall der Bezugnahme auf jenes Erbieten in einem auf das frühere gefolgten weiteren Rest.-Gesuche wird dagegen die ausdrückliche Wiederholung gefunden, Fisc. Pr. g. Barthel [8373] 1843.

1) Weinrich g. f. Ehefr. [3933] 8/4 1837.

2) Mathäi g. Bender [5052] 18/12 1839.

3) Trömner g. Gleim [398] 1833; Fisc. Pr. g. Wenthe [8066] 1844;

In Ansehung der Darlegung des erheblichen factischen Inhalts des Eides ist, wenn es sich um die Auffindung neuer Thatsachen und Beweismittel handelt, die Zeit der Auffindung genau zu bezeichnen, der Eid also z. B. dahin zu leisten: „daß Implorant die in seinem Restit.-Gesuche angegebene Beschaffenheit des Presbyterial-Protocolls erst am — nach dem O. A. G. Bescheide vom — so wie, daß die ihm angegebenen Zeugen den von denselben zu bezeugenden Umstand erst nach dem — in Erfahrung gebracht hätten, entdeckt habe" [4]). Ist von dem instructionswidrigen Verhalten des Anwaltes die Rede, alsdann hat der Implorant und der Regel nach auch sein Anwalt, welcher die Instruction erhalten haben soll [5]), eidlich zu erhärten: a. den Zeitpunct der Instruirung [6]), z. B. vor dem Termin zur Vernehmlassung auf die Klage dahin: derselben zu widersprechen [7]), vor dem Beweisantretungs-Termine: die jetzt geltend gemachte Thatsache vorzubringen [8]), nach Ertheilung des Bescheids: gegen solchen um Restitution zu bitten [9]) 2c.; b. den Umstand, daß der Anwalt von den ihm mitgetheilten, jetzt als neu vorgebrachten Thatsachen 2c. Gebrauch zu machen für unnöthig gehalten; und c. daß Implorant bei der Versäumung außer eigener Schuld gewesen sey [10]), z. B. zeitig Kenntniß vor Einwendung des Rechtsmittels davon nicht erhalten habe, daß

Gem. Langendiebach g. Isenburg B. [2949] 1834: Gem. Breuna g. v. Malsburg [6139] 16/6 1844.

4) Griesel g. Griesel [4751] 27/3 1839; — Fleischhut g. Most [6624] 1841, Löwer g. Gem. Ockershausen [8101] 1842.

5) Bickell, a. a. O, S. 181. Wenn gleich nach den gem. Bescheiden des R. K. Gerichts v. 1669 u. 1671 und nach der O. A. G. Ordn. v. 26. Febr. 1746 Tit. 7 §. 2 die Partei und der Advocat, wenn er zur Zeit der Ableistung des Eids der Partei noch bedient war, den Restit.-Eid leisten sollen, so bleibt doch das richterliche Ermessen dadurch um so weniger ausgeschlossen, als es an sich schon genügend erscheint, wenn die Partei schwört, daß sie die Thatsache früher nicht gekannt habe.

6) Fisc. Pr. g. Ballin [4113] 1836.

7) Seim g. Rösser [7701] 1842.

8) Eibelshäuser g. Consistorium zu Hanau [7147] 1844.

9) Reinach g. Storch [5071] 1839.

10) Hupfeld g. Schmidt [3546] 1837.

durch den Anwalt das betreffende Factum bei der Antretung des Beweises unbenutzt gelassen worden sey [11]), oder daß er den Sachführer innerhalb der vom Tage der Insinuation des Bescheids zu berechnenden Frist beauftragt habe, das Rechtsmittel der Restitution zu ergreifen [12]).

Bei dem erwähnten, auf neues Vorbringen gestützten, Restitutionsgrund steht dem Imploraten, dem abgelegten Restitutions-Eid gegenüber, eine Gegenbescheinigung nicht zu. Anders verhält sich dieß in dem Falle, wo die Instructionswidrigkeit den Restitutions-Grund abgibt, indem hier allerdings der Implorat alsdann zu einer Einwirkung auf den vom Imploranten abzulegenden Restitutions-Eid für befugt erachtet wird, wenn dieser, die Natur eines Bescheinigungsmittels über bestimmte Thatsachen annimmt und also nicht blos als Calumnien-Eid erscheint; es mithin nicht nur darauf ankommt, daß der Implorant, welcher ein an sich erhebliches Novum vorbringt, durch jenen Eid den Verdacht der Chicane dahin, daß er einen schon früher gekannten erheblichen Umstand absichtlich bisher nicht vorgebracht habe, entferne [13]).

2. Soll gegen eine Versäumung von Fristen um Restitution nachgesucht werden, so kann auch hier, wenn nicht durch das Geständniß des Anwalts bei Gelegenheit des Gesuchs, oder später, durch Urkunden oder sonstige Beweismittel, das Versehen jenes bei der Versäumung nachgewiesen ist, der Restitutions-Eid von Seiten der Partei, — welchem der des Anwalts nicht hinzuzutreten hat, — nöthig erscheinen [14]). Mangelt es am Bekenntnisse des Anwalts, oder erscheint solches nach Lage der Sache unzureichend, wie z. B. in dem Falle, wo in der Sache selbst keine Unterstützung der betreffenden Behauptung liegt, so muß der Eid alsdann ausgeschworen werden, z. B. dahin: „daß, vom — an, der Anwalt, als dieser der Partei die Versäumung der Rechtferti-

---

11) Allir g. Fisc. Pr. [7881] 1842.

12) Löwer g. Gem. Ockershausen [8101] 1842.

13) Rückert g. Baupel, 1833; Ulmicher g. Veit, 1835; Bickell, a. a. O., S. 180.

14) Bickell, a. a. O., S. 179.

gungsfrist eröffnet, Restitution gegen solche nachzusuchen übernommen, ohne ihr Zuthun aber bis zum — es unterlassen habe [15]); oder: daß die Partei erst am — Kenntniß davon erhalten, daß ihr Anwalt bei Einführung der Berufung die Nachweisung der Erwachsenheit unterlassen habe [16]).

3. Im Wesentlichen verschieden ist von vorstehenden Grundsätzen der Fall nicht, wenn das Restitutions-Gesuch gegen ein ertheiltes Erkenntniß gerichtet ist, indem der hier zu leistende Restitutions-Eid in ähnlicher Weise, wie in dem unter 2. erwähnten Falle ausgeschworen wird [17]).

15) Geisler g. Hinüber [6274] 1839.

16) Horstmann g. Reimann [6118] 1839.

17) Hartmann g. Menne, 1825; Breidenbach g. Schumann 1831.

Eilfter Abschnitt.

Der Armen-Eid.

Von den verschiedenen Voraussetzungen, welche man nach den Grundsätzen des gemeinen und daneben des sächsischen Rechtes in Beziehung auf das Armenrecht machte [18]), wonach insbesondere eine bald größere bald kleinere Summe bezeichnet wurde [19]), ist hier, abgesehen von den in Betracht kommenden Bestimmungen des römischen und canonischen Rechts [20]), zunächst nur der reichskammergerichtlichen Vorschrift zu gedenken, wonach Derjenige als „arm" bezeichnet wird, welcher eidlich erhärtet, daß er soviel, um seine Advocaten, Procuratoren zu befriedigen und die Canzlei-Gebühren zu berichtigen, nicht im Vermögen habe [21]). Es blieb dabei die Beschaffenheit der Person, insonderheit ihre äußere Stellung, deshalb ohne Einfluß, weil Stand [22]) und Religion [23]) vom Genusse des Armenrechts nicht ausschlossen. Um zum Armenrechte sich zu eigenen, lag es der Partei ob, entweder ihre Armuth zu

18) Vergl. Linde, Civilproc., (6. Aufl.) §. 120.

19) Vergl. unter Anderen: Coler. de proc. exec. P. I c. 2 n. 121; Martin. ad ordin. proc. Sax. Tit. 1 §. 3 n. 1; Mascard. de prob. vol. 3 concl. 1160.

20) Vergl. die Literatur bei Linde, a. a. O.

21) R.G.O. v. 1555 Th. I § 78; J. R. Absch. v. 1654 §. 114. — Blum, process. Camer. tit. 64 n. 22; Danz, Reichsger. Proc. §. 374.

22) Moser, Reichshofr.-Proc. Th. IV Cap. 6 S. 393; Tafinger instit. jurispr. cam. §. 701.

23) Danz, a. a. O.

beweisen, oder, im Fall sie solche nur zu bescheinigen vermöchte, deren Vorhandenseyn eidlich zu erhärten [24]). Neben dem Erbieten zu dem Eide [25]), welches denn auch auf die Versicherung der Nachzahlung der Kosten für den Fall der Gelangung zu bessern Vermögens-Verhältnissen sich bezog, mußten demnach, um solche „Anzeig und Schein" darzulegen, in einer besondern Eingabe Zeugnisse der ordentlichen Obrigkeit oder anderer Personen producirt werden.

Bei jenem Beweis unterschied man: die qualitas loci, — wonach der Aufenthalt in einem Armenhause [26]), sowie, im Fall der Ueberschuldung, der Mangel einer eigenen Wohnung [27]), auch wohl die Einkerkerung oder das Betteln von Haus zu Haus für bestimmend gehalten wurde; — die qualitas temporis, zufolge deren man davon ausging, daß der gegenwärtig in dürftigen Verhältnissen sich Befindende die Vermuthung einer gleichen Lage auch in Zukunft für sich habe [28]); — endlich den effectus, indem

24) Daß nur diese alternative Pflicht anzunehmen sey, erhellt klar aus der K. G. O. v. 1555 Th. I Tit. 41 §. 1: „Damit den Armen, denen — Advocaten und Procuratoren zugeordnet, und vergebens gedient werden sollen, der Weg freventlichs und muthwilligs Umtreibens, indem sie sich zu Zeiten ihrer Freyheit zu viel getrösten, fürkommen werde, soll der Arm, ehe er zugelassen, seiner Armut und Vermögens ein Urkund von seiner Obrigkeit, oder andern glaubwürdigen Personen, bringen, oder aber zum wenigsten etlichermassen Anzeig und Schein seiner Armut darthun und darauff den gewöhnlichen Eyd der Armut — schweren."

25) K. G. O., a. a. O. Tit. 96. Er lautete dahin: „Ihr N. sollet schweren einen Eyd zu Gott und auff das H. Evangelium, daß ihr also arm seyd, auch nicht an liegender oder fahrender Haabe noch Schulden vermöget, daß ihr die Cantzeley um nothdürfftige Brieffe, noch euern Advocaten und Procuratoren bezahlen oder belohnen möget, daß ihr auch darum euer Haab und Güther gefährlicher Weiß nicht veräusert oder übergeben habt, und so ihr euer Sachen mit Recht behalten oder sonst zu besserm Vermögen kommen werdet, daß ihr alsdenn jedem nach seiner Gebühr Bezahlung und Ausrichtung thun wollet, alles getreuelich und ungefährlich." Vergl. über den Armeneid: Albrecht, in d. Zeitschr. f. Civilr. Th. 11 H. 1 Nr. 3.

26) Bald. ad l. 49 in pr. C. de episc. et cler. (1. 3) n. 5.

27) arg. l. 38 D. de rei vind. (6. 1).

28) Dahin sprachen sich ältere Rechtslehrer zur l. 2 §. 11 D. de magistr. conven. (27. 8) aus.

der Beweis, z. B. daß Jemand bettele, seine Gläubiger nicht befriedigen könne, sein Vermögen abgetreten habe, und, wie man zu sagen pflegt, aus der Hand in den Mund lebe, die Armuth genügend darthue [29]).

In Hessen wurde bereits in der Reformation v. 1524 [30]) verordnet: „Welcher auch den Eydt der armuth thut, darin sich doch das gericht vor summarie erkunden sol, ob es dermassen sei, dem sollen Procuratores, Advocaten, Notarien vnd Botten vmbsonst dienen, biß er zu solchem vermögen kompt, das er solchs bezalen mag, das er auch also geloben vnnd schweren soll." In der hier dem Gerichte auferlegten Pflicht, „summarie zu erkunden", ist offenbar derselbe Sinn ausgedrückt, wie in jener reichsgesetzlichen Vorschrift; erst wenn ihm „Anzeig und Schein" geliefert worden, soll er zur Abnahme des Eides schreiten; und damit war nicht ausgeschlossen, daß, wenn die Bedeutung einer solchen Bescheinigung dergestalt sich steigere, die Eidesleistung dadurch überflüssig gemacht werden könne. Spätere Verordnungen [31]) schrieben vor, einmal: daß die Procuratores „den armen parteyen, die es kundlichen armuts halber nicht zu erlegen haben, vnd vmbsonst vnd vergebens zu dienen schüldig sein, vnd keiner sich deßelben ohne rechtmeßige vhrsache verweigern solle", — und sodann [32]): „so unvermögende Partheyen vor Gericht kämen, die auff vorbrachte glaubwürdige Kundschaft vnd vorgehende gebührliche Betheurung, ihres Armuths halben, die Sachen und Rechtfertigungen mit Unkosten zu führen nicht vermöchten, und sie solches, vermittelst Leiblich geschwornen Ayds erhalten würden", solle „durch Richter — gebührliches Einsehen geschehen, damit dieselbige mit Advocaten vnd Procuratoren versehen ꝛc. und also derselben Sachen zur Nothurfft biß zu Erörterung der Rechtfertigung gehandelt werden, doch mit der Verpflichtung, ob vor sie erkand und die Sache gewonnen würde, daß sie alsdann denselbigen Personen, nach Gelegenheit

---

29) S. Stryk, de jur. paup. (Lips. 1698) cap. II p. 13.

30) Samml. d. L. O. Th. I. S. 42.

31) Wie die Cantzlei-Ordn. v. 20. März 1656 Tit. IX §. 37 (II. 295).

32) Marp. Sambt-Hoffger.-Ordn. v. 5. May 1673 Tit. 7 (III. 20).

und des Hoffrichters rc. Erkändnüß ziemliche Belohnung geben wolten." Insbesondere sollte, wer an das Ober-Appellationsgericht appellire, die Succumbenzgelder aber wegen Armuth zu erlegen nicht vermöge, innerhalb 30 Tagen a tempore latae sententiae sich bey dem Judicio a quo angeben, sein unvermögen so baldt beglaubt beybringen, oder das juramentum paupertatis deswegen würklich abschwören, auch noch innerhalb gedachter Frist, wie solches geschehen, einen beglaubten schein einliefern — [33]).

Bestimmungen für einzelne Theile des Landes ordneten sodann weiter an, daß auch die Minderjährigen, wann sie nur mit Zurücklegung des 18. Jahres plenam pubertatem erlangt, diesen Armeneyd eben so zu leisten haben sollten, wie die Vormünder anderer minorennium und pupillorum, blöder, wahnwitziger und dergleichen Personen und zwar diese dahin: daß ihre Pflegebefohlenen soviel, als zur Bestreitung der Proceßkosten von Zeit zu Zeit erfordert werde, nicht im Vermögen haben, oder, da dieselben zu dessen Abwendung die Klage ersitzen, oder ihrer Pflegbefohlenen Recht ungewahrt ließen, diese wegen des hierab wachsenden Schadens judicio tutelae et curae zu haften schuldig seyen [34]), und ferner: daß, wenn der Implorant um das Armenrecht, dem Ansehen nach, eine böse Sache zu haben und dabey einer ungebührlichen Zanksucht, oder vorhabenden Vexation seines Gegentheils verdächtig wäre, von demselben vor dem Armeneyde auch das juramentum malitiae dahin abzulegen sey: daß er eine gute und gerechte Sache zu haben gewiß glaube, auch hierunter nichts aus Gefährde oder böser Meynung gethan oder fürgenommen habe, noch in Zukunft, bey währendem Processe, dergleichen thun oder fürnehmen wolle [35]); wobei, als Folge der Weigerung dieses letzteren Eides oder der gleich ab initio oder in progressu litis sich äußernden calumnia manifesta, die Abweisung mit dem gesuchten Armenrechte angedrohet wird [36]).

---

33) Verordn. v. 1. May 1714 (III. 751). Im Wesentlichen wurde diese Bestimmung aufgenommen in der O. A. Gerichts-Ordn. v. 15. Febr. 1746 Tit. III §. 4; Han. Hofger.-Ordn. v. 17. Jan. 1747 Tit. XIII §. 3.

34) Hanau. Hofger.-Ordn., a. a. O. §. 4.

35) Eben das. §. 5.

36) Eben das. §. 11.

Auch für Hessen überhaupt ergingen im Laufe der Zeit eine Reihe von Anordnungen, wodurch eine Erleichterung der armen Parteien in der Führung von Rechtsstreitigkeiten bezweckt wurde, dahin z. B. daß, was arme Unterthanen betreffe, jeder sein Amt gratis thun müsse [37]), daß die Ausfertigung der Steuerkataster-Auszüge kostenfrei zu bewirken und die deshalbigen Kosten einstweilen aufzuzeichnen seyen [38]); es wurde wegen der Stempel- und Gebühren-Freiheit einer armen Partei Vorsehung getroffen [39]); andererseits aber auch zur Abstellung des Mißbrauchs des Armenrechts in gerichtlichen Sachen eine ausführliche Ordnung des ganzen Verfahrens in dieser Hinsicht für erforderlich erachtet [40]). Namentlich wurde denn auch, was den in Rede stehenden Eid betrifft, vorgeschrieben: „Wenn etwa, sey es bei In- oder Ausländern, die Wahrheit der Angabe des Unvermögens nicht auf andere Art vollständig ausgemittelt werden könnte; so stehet es dem Gerichte frei ausnahmsweise dem in dieser Hinsicht vorhandenen Mangel durch den Nachsuchenden mittelst eidlicher Angabe seines Vermögens und gewöhnlichen Erwerbs, auch der sonst etwa noch in Betracht kommenden, nicht durch glaubwürdige Bescheinigungen zu bekundenden, Verhältnisse abhelfen zu lassen" [41]).

Nach dieser Anordnung besteht also der Gang des Verfahrens bei Auswirkung des Armenrechtes in Hessen darin, daß der Nachsuchende mit seinem Gesuch um Ertheilung des letzteren an das betreffende Gericht sich wendet und seine Armuth darzulegen und nachzuweisen sucht. Dieß letztere geschieht z. B. schon durch Hinweisung auf Concurs- oder Vormundschafts-Acten [42]), oder durch Vorlegung einer, eine thunlichst umfassende Darstellung der Vermögens- und Nahrungs-, so wie der in Betracht kommenden Familien-Verhältnisse enthaltenden und in den Städten von den

---

37) Verordn. v. 11. Febr. 1749 §. 48.

38) Minist.-Beschl. v. 31. May 1826.

39) Verordn. v. 30. Nov. 1822 §. 2 Not. 5, §. 3.

40) Verordn. v. 22. Dec. 1828. Ueber die Handhabung dieses Gesetzes namentlich auch in letzter Instanz, vergl. des Verf. Schrift: das O. A. Gericht zu Cassel, nach Verfass., Competenz, Proceß rc. §. 104 fg. (S. 416).

41) Verordn. v. 22. Dec. §. 1828 §. 7.

42) Ebendas. §. 3.

Bürgermeistern, in andern Orten durch den Ortsvorstand (Bürgermeister) gemeinschaftlich mit dem Pfarrer der Gemeinde auszustellenden Armuths-Bescheinigung, welche, wenn sie bei einem andern Gerichte, als dem Untergerichte des Wohnorts der Partei benutzt werden soll, noch durch dieses letztere Gericht zu bestärken ist, mit ausdrücklicher Erwähnung der aus dessen Währschafts- und Hypotheken-Büchern, Vormundschafts- und andern Acten ersichtlichen, oder sonst in Erfahrung gebrachten Vermögens-Verhältnisse der Partei [43].

Den gerichtlichen Vertretern von Personen, deren Aufenthalt und Vermögens-Umstände unbekannt, oder von Vermögens-Massen, welche erschöpft, dennoch aber zu einem gerichtlichen Verfahren veranlaßt sind, kann das Armenrecht auf eine deshalbige Bescheinigung der sie beaufsichtigenden Behörde ertheilt werden, wofern nicht vorerst nur die vorläufige Kosten-Aufzeichnung eintreten darf [44]. Den Kirchen und Schulen, so wie denjenigen milden Stiftungen und andern öffentlichen Anstalten, welche nicht der unmittelbaren Aufsicht und Leitung der Staatsbehörden untergeben sind, mithin nicht vom Staatsanwalte vertreten werden und schon die Kostenfreiheit des Staats genießen, soll künftig das Armenrecht nur dann zugestanden werden, wenn ein bestimmtes Zeugniß der mit der Aufsicht und Rechnungs-Abhörung beauftragten Oberbehörde darüber beigebracht wird, daß die Einkünfte keinen zur Bestreitung der Proceßkosten verfüglichen Ueberschuß in den letzten fünf Jahren gewährt haben, noch einen solchen Ueberschuß dermalen gewähren, und überhaupt die Kirche, Stiftung rc. des Armenrechts wirklich bedürftig sey. Auf die Processe aber, welche die Pfarrer, Schullehrer, die Verwaltungsbeamten milder Stiftungen und andere Diener hinsichtlich ihrer Besoldungsstücke blos wegen ihres persönlichen Interesses, z. B. über Pachtnutzungen, Auseinandersetzung mit den Amtsvorfahren und dergleichen führen, findet diese Bestimmung überhaupt keine Anwendung [45].

---

43) Ebendas. §. 4 Abs. 2.
44) Ebendas. §. 10, 28.
45) Ebendas. §. 11.

In Hinsicht auf Ausländer, welche sich um das Armenrecht bewerben, bleibt die Beurtheilung der deshalb beigebrachten Bescheinigungen, insofern nicht Staatsverträge darüber etwas bestimmen, dem Ermessen der Gerichte überlassen, welche übrigens wegen der etwa nöthig erscheinenden Retorsions-Maaßregeln, — soviel insbesondere das O. A. Gericht angeht, — zuvörderst bei dem Justiz-Ministerium anzufragen haben [46]).

Erst in dem Fall also, wenn, nach Maaßgabe dieser Grundsätze, — rücksichtlich deren weiterer Ausbildung auf früher in dieser Hinsicht Veröffentlichtes [47]) hier sich bezogen werden muß, — eine genügende Ermittelung der Armuth nicht herbeigeführt worden, ist das Gericht, nicht etwa schlechthin angewiesen, vom Nachsuchenden eidliche Angabe seines Vermögens zu erfordern, vielmehr nur ausnahmsweise für ermächtigt erklärt, dieses Mittels zu jenem Endzwecke sich zu bedienen. In der That ist denn auch nach der täglichen Praxis der hessischen Gerichte soviel wenigstens zu bezeugen, daß von dem in Rede stehenden Eide nur ein sehr seltener Gebrauch gemacht wird, wie denn namentlich dem Verfasser nach einer längern als zwanzigjährigen Erfahrung kein Anwendungsfall bekannt geworden ist. Wie nun jene Alles ins Ermessen stellende Vorschrift in Hessen kaum in Uebung gekommen seyn mag [48]), so ist in andern deutschen Ländern der Armen-Eid rechtlich geradezu für unzuläſsig erklärt worden [49]).

---

46) Ebendas. §. 6.

47) Des Verf. Schrift: Das O. A. Gericht zu Cassel (J. 1847) §. 105, S. 420 fg.

48) Kulenkamp, N. Samml. Th. I S. 220 sagt noch bestimmter: daß „das Armenrecht jetzt nur auf beigebrachte Zeugnisse ertheilt werde".

49) So verhält es sich namentlich nach den neuern Proceßgesetzen in Hannover v. 5. Oct. 1827 §. 19 (her. v. Spangenberg Com. S. 134); danach wird nur ein auf genaue Nachforschung gegründetes Zeugniß der ordentlichen Obrigkeit der unvermögenden Partei zur Nachweisung der Armuth zugelassen und somit stillschweigend, durch die bürg. Proceßordn. v. 4. Dec. 1847 §. 48 (her. v. Leonhard, S. 40) und v. 8. Nov. 1850 §. 62 oder ausdrücklich für unstatthaft erklärt. Der erste Weg ist auch in der Badensch. Proceßordn. v. 1831 §. 160, so wie in dem Würtembergschen Entwurf einer bürg. Proceßordn. v. J. 1847 §. 367 eingeschlagen. Von gleichen Grundsätzen ging das Hessen-Darmstädtsche Gesetz v. 29. März 1836 Art. 3 (Archiv f. civ. Pr. B. XX S. 323) aus.

Zwölfter Abschnitt.

Der Zeugen-Eid.

Durch das neuere römische Recht [50]) ist bestimmt, daß die Zeugen vor Ablegung ihres Zeugnisses beeidigt werden sollen [51]), und die damit übereinstimmenden Vorschriften des canonischen Rechts enthalten den Grund dafür, welchen man darin fand, daß, wenn gleich vor Gott kein Unterschied zwischen einer einfachen Versicherung oder Zusage und einem Eide sey, es sich doch anders verhalte bei den menschlichen Gerichten, indem die Schuld einen höheren Grad bei Verletzung des Eides, als bei der der einfachen Versicherung erreiche, die Hinweisung auf die schwerere Folge sonach eine stärkere Bürgschaft für die Heilighaltung der Wahrheit darbiete [52]). Auch der Stand, insonderheit der der Geistlichen, sollte von der eidlichen Verpflichtung des Zeugen, wenigstens vor geistlichen Gerichten [53]), nicht befreien [54]), die Formel aber wurde, in

50) Ueber den streitigen ältern Ursprung vergl.: Malblank, de jurejur. §. 77.

51) l. 9 C. de test. (4. 20): »Jurisjurandi religione testes prius quam perhibeant testimonium, jamdudum artari praecipimus: et ut honestioribus potius testibus fides adhibeatur.« Vergl. l. 18 C. eod.

52) c. 1 C. 22 qu. 1, verb.: »Omne — quod testibus adstipulatur tunc verius constat, cum id adjectio jurationis adfirmat« cap. 5, 17, 26, 47 X. de test. (2. 20).

53) Anders, wenn die Geistlichen vor weltlichen Gerichten zeugten, c. 21, 22 C. 22 qu. 5; l. 7 C. de episc. et cler. Ueber die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift vor den Gerichten der evangel. Glaubensgenossen, vergl.: Malblank, l. cit. p. 223, not. 393.

54) cap. 51 X. de test. (2. 20), verb.: »— Respondemus, quod nul-

besonderer Beziehung auf den Beweis der Verwandtschaft, dahin bestimmt: »ut jurent, se non privato odio, neque amicitia, neque pro alio commodo, quod habuerint, vel quod habent, vel habituri sint ad hoc jurandum inductos: et sicut ipsi dicunt, rei veritatem accepisse a majoribus suis, et credere ita esse«.

Diese Sätze wurden von den Glossatoren und den ihnen nachgefolgten Commentatoren des römischen und canonischen Rechts, namentlich auch in Beziehung auf die Fassung dieses Eides weiter ausgebildet. In der ersteren Beziehung wurde insonderheit näher bestimmt, daß die Zeugen schwören sollten: »se prorsus vidisse et audisse et sub eorum praesentia (v. g.) solutum vel gestum esse«, — ferner, daß sie und zwar »utraque parte praesente, vel alterutra, dum tamen altera sit requisita et absit vel nolit venire« befunden wollten: »totam, quam noverint, veritatem pro utraque parte« [55]). Die Formel des Eides selbst »sicut juris et consuetudinis erat« wurde dahin angegeben: »ego testis juro, quod de lite et controversia tali, quae vertitur inter talem et talem, dicam et manifestabo totam veritatem pro utraque parte, quam inde scio, judici vel ejus notario, quando ab eis inquisitus fuero per sacramentum, super quocunque capitulo illius litis interrogabor, et si non fuero interrogatus et scivero aliquid inde, totum judici manifestabo, quod obsit vel prosit alicui partium, et ita dicam veritatem pro una parte sicut pro alia, et in dicendo veritatem non

---

lius testimonio quantumcunque religiosus existat (nisi juratus deposuerit) in alterius praejudicium debet credi.«

55) Pillius (a. 1188) de ord. judic. (ed. Bergm.) P. III §. 10 (p. 68); Tancred. (»decretorum magister«; a. 1214) ord. judic. (ed. Bergm.) P. III tit. 9 §. 1 (p. 236): »Moderni quippe judices hoc addunt ad cautelam: quod ita dicent veritatem, sicut sciunt, quia quod sciunt per visum, dicent de visu, et quod per auditum, dicent de auditu; nec dicent de credulitate, quod sciunt pro certo, vel e contra —.« Gratia (a. 1206; »decretalium magister«) de ord. judic. (ed. Bergm.) P. II tit. 6 §. 1 (p. 371); J. Andreae (»tuba et pater juris canonici«, † 1348) summula de processu judicii (ed. Wunderl.) cap. IX; Senkenbergs Gerichtsbüchlein (a. 1473; her. von Horn, Münch. 1837), S. 29 (S. 15).

commiscebo falsitatem studiose, et quod scivero per visum vel auditum, aut per firmum, dicam illud, sicut scivero, et non alio modo et non dimittam amore, pretio, vel precibus, aut timore alicujus, quod veritatem inde non dicam; et pro hoc testimonio reddendo pretium non recepi, nec conveni recipere, et si recepi, judici manifestabo« [56]).

Aus dieser Lehre, welche insoweit übrigens, — was die Pflicht des veritatem dicere betrifft, — mit den Grundsätzen des älteren deutschen Processes im Wesentlichen nicht im Widerstreit sich befand [57]), — was nur in dem Fall eine Ausnahme litt, wo das Zeugniß einer ganzen Gemeinde oder Nachbarschaft aufgerufen wurde [58]), — formulirten dann die nach dem römischen und canonischen Rechte gebildeten deutschen Processualisten des 16. und 17. Jahrhunderts den Eid der Zeugen dahin, sie hätten zu schwören: »1. quod veritatem ejus rei, super qua in testimonium vocati, quatenus eis liqueat, dicere; et contra 2. falsitatem nullam committere vel immiscere, sed 3. utriusque partis causa, tam ad interrogatoria, quam ad articulos respondere, nec 4. ullius gratia, aut amore, aut odio commoti, nullius timore aut metu perterriti, nec ullius tandem dono

---

56) Pillius, l. cit. (p. 70).

57) Danach mußten die Zeugen ebenwohl nicht blos in Anwesenheit der Parteien vor Gericht erscheinen (l. Sal. tit. 51 c. 3, app. Marculfi c. 3), — sondern auch eidlich geloben, daß sie ohne Haß und Furcht reden, die ganze Wahrheit sagen wollten; Charta an. 802 ap. Mon. Boica IX p. 16: »Tunc predicti missi dominici — homines, qui hoc testificaverunt in medium vocaverunt, et per sacramentum — adtestati sunt eos, ut omni modis absque ulla fraude, vel ingenio, ita, ut veracissime de ipsa causa scirent, ita in palam adnunciarent, qui dixerunt —.« Formul. Goldast. c. 99; »Tunc praedictus comes convocatis illa testimonia, qui de ipso pago erant, interrogavit eos per ipsam fidem et sacramentum — quicquid exinde scirent, veritatem dicerent —« c. 91, 93 ibid. Placitum an. 814 ap. Kindlinger, Hörigkeit, S. 217.

58) wie zwei placita von 890 und 897 (bei Vaisette histoire de Languedoc. T. II preuves n. 12, 18; vergl. Biener, Gesch. des Inquis. Proc. S. 123) ergeben, bei deren einer bemerkenswerth ist, daß, nachdem alle, beinahe 200 an der Zahl, ihr einstimmiges Zeugniß abgegeben haben, zweimal sieben aus ihrer Mitte gewählt werden, um noch mittelst Eides das Zeugniß zu bekräftigen.

aut munere allecti, totius, quam norunt, causae veritatem celare velint« [59]).

Und dieß ist denn auch im Wesentlichen die Doctrin der späteren Juristen, welche nur in einzelnen Beziehungen nähere Ausführungen lieferten, die aber, wie die Fragen: ob das Beichtsiegel durch den Zeugeneid gelöst werden könne? ob unzulässige und in welchem Grade verdächtige Zeugen zu dem letzteren gelassen werden dürften? [60]) und dergl. dem Zwecke der dermaligen Erörterung fern liegen. Inzwischen wurden in einigen Punkten jene Lehrsätze allerdings modificirt, beziehungsweise durch Ausnahmsfälle eingeschränkt. In der ersteren Beziehung ließ man es nämlich, auf Veranlassung eines Streits schon der älteren Commentatoren [61]), allerdings, wie beim Reichskammergericht, so auch bei den einzelnen Territorial-Gerichten als Regel bestehen, daß der Zeuge vor der Abhörung den Eid zu leisten habe; inzwischen hielt man namentlich beim zuerst gedachten Gerichte alsdann das Zeugniß für giltig, wenn der Eid des Zeugen seiner Vernehmung alsbald gefolgt war [62]). Sodann wurde in der Praxis eine Verwarnung der

---

59) Em. a Rosbach, process. judiciar. ad usum et consuet. judicior. in Germ. (Francof. 1599), tit. 56 p. 540 seq.; Chil König, Practica u. Proceß, (J. 1581) Cap. 76; Ummius, disp. 16 th. 9 in f.

60) Vergl. z. B. Naevius, de juram. P. III cap. 9 §. 1 seq. Die Frage nach der Zulässigkeit des Zeugeneides fällt mit der Frage nach der Statthaftigkeit des Zeugen zusammen; wird diese verneint, so kann auch von jenem, wie vom Zeugnisse überhaupt, nicht die Rede seyn; wohingegen die bloße Verdächtigkeit des Zeugen dessen Abhörung und Verpflichtung nicht ausschließt. Ueber die, die Zulässigkeit und Verdächtigkeit der Zeugen betreffenden Grundsätze in Hessen vergl. N. Samml. O A G. Entsch. Th VII Abth. 2 S. 559—723.

61) Chil. König, Practica u Proceß, Cap. 76 §. 3 erwähnt denselben kurz: „Cynus in l. jurisjur. in f. C. de test. saget schlecht, denn die aussage deß gezeugen nicht taug, er habe denn zuvor geschworen. Aber Bald. ibid. in princ. saget, ob der gezeuge erstlich nicht schweret, vnn thut seine aussage, vnd saget bald darauff, ich schwere das solchs, wie jetzt gesagt, war sey, etc. so ist seine aussag nicht bloß, sondern wird mit dem eyde, der balde daran gehenget, bekleidet —. Wo aber der gezeuge hernachmals seine aussage mit dem eyde bekrefftigen wolte, das kan nicht gesein, sondern bleibet nackt vnd bloß, vnd hat keine wirkung.“

62) Mynsinger, lib. IV obs. 77; Naevius, l. c. §. 9.

Zeugen vor dem falschen Zeugniß und dem Meineide der Abhörung vorausgeschickt, worin dieselben auf die dreifache Verschuldung, deren sie zu entgehen hatten: die Nichtbeachtung der Gegenwart Gottes, die Täuschung des Richters, so wie die Verletzung des Gegners, hingewiesen wurden [63]). In der letzteren Hinsicht dagegen gestattete man in manchen Ländern und Landestheilen in Ansehung der Obliegenheit zur Eidesleistung auf den Grund der Standes-Verhältnisse Ausnahmen von den oben (S. 509 Not. 52) angeführten Bestimmung des canonischen Rechtes, indem man namentlich [64]) beim Reichskammergericht, ein Zeugniß „bei fürstlichem, gräflichen Adel, Ehren, Treu und Glauben" zuließ [65]).

Wenn nach dem Bisherigen der Zeugeneid als ein gesetzlich gebotener und insofern an sich als ein nothwendiger Eid sich darstellt, dessen Nichtleistung das Zeugniß selbst ungiltig macht [66]), so kann er doch deshalb, weil er im Interesse der Streittheile eingeführt worden ist [67]), mit deren Zustimmung auch erlassen werden [68]).

In der neuern Zeit ist [69]), unter Hinweisung auf die Verschiedenheit der Ansichten hinsichtlich der Beantwortung der Frage: ob der Zeugeneid vor oder nach der Vernehmung abzuleisten sey? als nachtheilige Folge der Bejahung der ersteren Frage die angegeben worden, daß der Eid nicht de tota causa abgeleistet werden könne, sondern so oft von demselben Zeugen neuerdings abgeleistet werden müsse, als eine neue Vernehmung über andere Thatsachen wenigstens nothwendig werde, während nach dem allgemeinen Grundsatze Vervielfältigung der Eide verhütet werden müsse. —

63) Insbesondere wurde in der Sächs. Proc. Ordn. Tit. 18 bestimmt: „Daß denen, die da schweren sollen, der Sachen Gelegenheit und Umbstände zuvor wohl zu Gemüthe geführt, und sie vor Mein-Eyd mit Fleiß verwarnet werden möchten."

64) Ueber weitere Ausnahmen vergl.: Malblank, l. c. (p. 223—226).

65) Mynsinger, cent. 1 obs. 17; Gail, lib. 2 obs. 59; Besold thesaur. pr. s. v. „Eyd".

66) arg. c. 2, 53 X. de testib.; Gail lib. 1, obs. 101 n. 10.

67) Glos. »remittatur« in cap. 39 X. de test.

68) cap. 39, 52 X. de test.; Gail. lib. 1. obs. 101 n. 2, 3; arg. l. ult. C. de pact.

69) Linde, Archiv f. civ. Pr. Th. XIII, Nr. 5 (S. 117).

Als gemeinrechtlich läßt sich nun, wie früher erwähnt, nur die Eidesleistung vor der Abhörung betrachten, der angedeutete Nachtheil aber um deswillen nicht ersehen, weil spätere Vernehmungen des bereits früher in Pflichten genommenen Zeugen unter Zurückbeziehung auf den geleisteten Eid erfolgen können, eine weitere Eidesleistung also gar nicht eintritt.

In Hessen geht die, dem materiellen Inhalte nach mit der reichsgesetzlichen Norm [70]) übereinstimmende Formel für Christen dahin: „Ihr sollet geloben und schweren einen Ayd zu Gott [71]), daß ihr in der gantzen Sachen zwischen N. und N. wollet sagen vor beyde Partheyen keiner zu Lieb noch zu Leid, die Wahrheit, so euch davon wissend, ihr besinnet und befragt werdet, und das nicht lassen, um keine Gabe, Geschenk, Nutz, Gunst, Haß, Freundschafft, Furcht oder anders, wie Menschen Sinne das erdenken möchten, ohne Gefehrde" [72]). Juden haben dagegen [73]) diesen Eid dahin auszuschwören: „Bei dem allwissenden und allmächtigen Gott schwöre und gelobe ich von ganzem Herzen und ohne Vorbehalt, daß ich in der Sache — will von Allem, worüber ich werde befragt werden, nach meinem besten Wissen die volle Wahrheit sagen, und davon weder durch meinen oder der Meinigen Nutzen, Freundschaft oder Feindschaft, Furcht, Gunst oder Mißgunst, noch durch sonst irgend etwas mich abhalten lassen; so wahr mir Gott, Adonai Elohim, helfe, Amen!"

Für das hier in Betracht kommende Verfahren gilt sodann, und zwar zunächst in Ansehung wichtiger Sachen, die Vorschrift: „daß der Richter die Zeugen in beider Theile Gegenwart, oder wann der productische Gegentheil ohngehorsamlich zurückbleibt, ohnerachtet ihme die denunciatio cum articulis erweislich behändigt worden, einseitig, praevia avisatione de perjurio vitando mit dem Zeu-

70) K. G. O. v. 1555 Th. I Art. 77 (II. 83).

70 a) Sammt-Hofgerichts-Ordn. v. 5. May 1673 Tit. XX §. 14 (I. 219).

71) In der reichskammergerichtlichen Form: „und auff das Heil. Evangelium" (a. a. O.).

72) Vergl. auch d. Solms. Landordn. Th. I Tit. 27 §. 18.

73) Verordnung v. 14. Febr. 1828, Anl. A 2. Ueber die reichsgesetzliche umfassendere Formel vergl. K. G. O. v. 1555 Th. I Art. 86 (II. 84).

gen-Eide belegen, und darauf selbige, remotis partibus, einen nach dem andern — vornehmen und anhören soll" [74]). Aber auch in Ansehung der „wenig importirenden und mündlich tractirten [75]) Sachen soll die Abhörung derer Zeugen — jurato (falls etwa die Partheyen auf Befragen ad protocollum solchem nicht renunciiren) geschehen" [76]).

Wie neuere Schriftsteller [77]) solches vertheidigen, also wird denn auch die Beeidigung der Zeugen vor ihrer Vernehmung ausdrücklich verordnet, z. B. in der badenschen [78]) und hannoverschen Gesetzgebung [79]).

---

74) Untergerichts-Ordn. v. 9. Apr. 1732 Art. IV § 8.

75) Hier, »in causis levioribus«, wird in andern Ländern mitunter Handgelübde an Eides Statt für genügend erachtet, Malblank, l. cit. §. 79 n. 6 (p. 226).

76) Eben das. §. 4.

77) z. B. Heffter, System §. 382.

78) Proceßordn. v. 1831 §. 476—480.

79) Proceßordn. v. 1847 §. 124; v. 8. Nov. 1850 §. 264. Die Formel geht (S. 531) dahin: „daß ich in der Sache — worüber ich werde befragt werden, die ganze Wahrheit sagen will, ohne vorsätzlich etwas zur Sache Gehöriges zu verschweigen."

Dreizehnter Abschnitt.

Der Eid der Sachverständigen.

So bestimmt die Vorschrift des römischen Rechtes darüber ist, daß alsdann, wenn es sich um den Beweis durch Sachverständige handele, diese zu beeidigen seyen [80]), wurden doch durch ältere und neuere Juristen Ausnahmen zugelassen. So nahm man an, die Beeidigung falle weg, »in eo perito, qui a judice eligitur in consilium, ut est sapiens electus ad consulendum in causis« [81]). Vornämlich war man aber verschiedener Meinung darüber, wie es zu halten sey, wenn bereits auf ihren Dienst beeidigte Personen zu Sachverständigen gewählt würden. Einige Rechtslehrer erforderten auch in diesem Falle deren besondere Verpflichtung [82]). Andere erklärten im Gegentheil solche in allen Fällen für unnöthig, wenn die Sachverständigen in öffentlichen Aemtern ständen und im Voraus bereits einen Amtseid geleistet hätten [83]). Noch Andere hielten dafür, daß der Eid nur alsdann wegfalle, wenn ein Sachverständiger schon im Voraus für Geschäfte dieser Art öffentlich angestellt und beeidigt worden sey [84]).

---

80) l. 20 C. de fid. instrum. (4. 21): »Omnes autem comparationes non aliter fieri concedimus, nisi juramento antea praestito ab his, qui comparationes faciunt, fuerit affirmatum, quod neque lucri causa, neque inimicitiis, neque gratia tenti, hujusmodi faciunt comparationem.« Cf. l. 6 §. 1 C. de sec. nupt. (5. 9); Nov. 7 c. 3 §. 2

81) Pacianus, de prob. (Frkf. ed. 3) lib. II cap. 47 §. 22; Mascard, de prob. vol. III concl. 1175 §. 48.

82) Hert. de insp. ocul., opusc. l. 3 §. 32; Struv., de testim. peritor. in arte §. 20 (mit Ausnahme der Doctoren ꝛc. der Medicin); Mittermaier, Archiv f. civ. Pr. Th. II Nr. 10 §. 5 Not. 37.

83) Pacian. l. c. lib. I cap. 47 § 17; Stryk de jur. sens. I c. 2 §. 41.

84) Schneider, v. Beweis §. 181; Globig, Theorie d. Wahrscheinl.

Nach dem Vorgange der Reichsgesetzgebung [85]) wurde, wie in andern Territorien [86]), namentlich in Hessen eine mit jener im Wesentlichen übereinstimmende Formel des Eides, „den ein Artzt oder anderer Kunsterfahrener schweret" vorgeschrieben [87]). Aus dieser Formel ergibt sich denn auch, daß es sich hier nicht um einen Glaubenseid handelt, — eine Annahme, welche manche Rechtslehrer für den Fall machten, wo von Gegenständen die Rede war, »quae sensu corporeo certo percipi et scire possunt —« [88]).

Nach hessischem Rechte ist indessen von einer Beeidigung der Sachverständigen nur alsdann die Rede, „wofern selbige nicht schon als ordentliche Taxatores in Pflichten stehen" [89]). Nur in dem Fall, wo dieß nicht geschehen wäre, sollen also diese und dergleichen artis periti „auf Begehren ein oder des andern Theils specialiter ad illum actum beeydigt werden" [90]).

Th. II Absch. 8 §. 4; Gönner, Handb. d. Proc. Th. II Abh. 45 §. 9; Gensler, Archiv f. civ. Pr. Th. I S. 40; Linde, Civilproc. §. 198 Not. 4.

85) K. G. O. v. 1555 Th. I Art. 85.

86) z. B. in der Mainz. Hofger.-Ordn. v. 1755 Tit. 20.

87) Sammt-Hofgerichts-Ordn. v. 5. May 1673 Tit. 20 §. 15: „Ihr sollet angeloben und schweren einen leiblichen Ayd zu Gott, daß ihr in dieser Sachen, darum ihr erfordert und befragt, so viel ihr auß Erfahrung eurer Kunst gelernet und mit euren leiblichen Sinnen innen worden und erkündet habt, Niemand zu Lieb noch zu Leid, weder um Neid, Haß, Gabe oder Gunst, sondern allein zu Beförderung der Gerechtigkeit und wie ihr die Gestalt des Schadens und der Sachen eingenommen habt und befindet, die Wahrheit sagen wollet, und daß ihr glaubet, daß deme also sey, alles ohne Gefehrde."

88) Mascard, l. cit. §. 48; Hert, l. cit. §. 32; Carpzov, jurispr. for. P. II const. 32 def. 5 § 8; respons. lib. 3 resp. 84 §. 4.

89) U. G. O. v. 1732 Art. IV §. 15. — In jeder Gemeinde sollen beständige Schätzer bestellt werden. Regier. Rescr. v. 25. Aug. 1788.

90) U. G. Ordn., a. a. O. — Anwendung von dieser Vorschrift ist in der Pacht-Proceßordn. v. 14. Aug. 1818 § 18, in Beziehung auf die Heranziehung von Landwirthschafts-Verständigen zur Erstattung von Gutachten gemacht. Eben so in der Medicinal-Ordn. v. 10. Juli 1830 § 53, wenn es sich um Beihülfe eines praktischen Chemikers oder Apothekers zum Zwecke chemischer Zerlegungen für gerichtsärztliche Ermittelungen und Begutachtungen, welche gemäß der Grundsätze der Chemie vorzunehmen sind, handelt.

Vierzehnter Abschnitt.

Betrachtungen über die Nothwendigkeit der Beibehaltung oder Beschränkung einzelner Gerichtseide.

1. Der Eid im Allgemeinen.

Nach der bereits früher [91]) gegebenen Andeutung wird es sich nunmehr noch darum handeln, kürzlich zu prüfen, in wieweit nach der im Bisherigen zu entwickeln versuchte Lehre vom Gerichtseide, die einzelnen Arten desselben als der Beibehaltung würdig, oder als zur völligen Beseitigung oder zur Modificirung geeignet sich darstellen.

In dieser Hinsicht tritt vor Allem wiederum das Bedenken darüber: ob überhaupt der Eid in gerichtlichen Angelegenheiten sich rechtfertigen lasse? in den Vordergrund. Es bezieht sich auf die Statthaftigkeit des Eides im Allgemeinen und auf die des christlichen Eides insbesondere. Kann man auch dem Worte des Erasmus [92]): „Certe votis omnibus optandum, ut tales sint Christiani, ut neque divortio sit opus neque jurejurando", bei richtigem Verständnisse desselben, beipflichten; so ist doch die Erfüllung einer solchen Hoffnung noch in weiter Ferne, weshalb denn die aufgestellte Frage ihre Berechtigung hat. Nach der bisherigen Ausführung wird sie aber in ihrer zweifachen Richtung

91) Abth. I, S. 350.
92) ad Matth. 5. 31.

zu bejahen seyn. Der von Bekennern des christlichen Glaubens, in christlichen Ländern, vor den Gerichten abzuleistende Eid kann nur dem, in jenen anerkannten, Bekenntnisse des Schwurpflichtigen entsprechend geschworen und abgenommen werden. Das ist der Satz, welcher seinen Ursprung herleitet aus dem untrüglichen Worte Gottes, und welcher, aller Anfechtungen ungeachtet, im Gange der Entwickelung der Geschichte der christlichen Kirche allezeit festgehalten und in jedem christlichen Staate bis zur neuern Zeit auch anerkannt worden ist [93]). Selbst in Perioden, in welchen man sich anschickte, neben dem christlichen Glauben, auch die Gewalt der Obrigkeit in ihrem innersten Grunde zu vernichten, wurden, im Widerspruche hiermit, von derselben Seite her, von der dieß versucht wurde, die Nothwendigkeit der Eide lebhaft vertheidigt. So sehr, was ein Nachbarvolk jenseits des Rheins insbesondere betrifft, Voltaire, Montesquieu und Rousseau in der Wiedersetzung gegen jede Zucht und Autorität in geistigen Dingen, in dem Streben nach Atomisirung der Individuen, und folgeweise in dem nach Auflösung aller politischen und socialen Grundlagen übereinstimmten, so wurde doch bereits früher an diesem Orte [94]) auf den Unterschied jener beiden Haupt-Repräsentanten der damaligen französischen Literatur, rücksichtlich des Eides, hingewiesen. Die Betrachtung, daß gerade Montesquieu bei seiner Lehre von der Theilung und Selbstständigkeit der Staatsgewalten ein geistiges Ferment zur Verhütung gänzlicher Auflösung des Bestehenden nöthig hatte, war es wohl vornämlich, welche ihn zu dem schon früher anerkennenswerthen ernsten Worte für Heilighaltung dieses Instituts veranlaßt. Daß aber auch Rousseau dem Gedanken vom Urvertrage, also vom Verzichte aller Einzelnen im Volke auf seine Privatrechte zu Gunsten der Gemeinde, — nicht des Fürsten, — und folgeweise von der Volks-Souveranetät nur unter Voraussetzung einer Verehrung des höchsten Wesens (»Etre suprême«) [95])

---

93) Vergl. die deshalbige Ausführung in Abth. I dieser Schrift.

94) Abth. I S. 208.

95) Es ändert an dem Gesagten nichts, daß Rousseau dabei nur an den von ihm angenommenen Theismus »sans Temples, sans autels, sans rites, bornée au culte purement intérieur du dieu Suprême et aux devoir

Haltung verschaffen zu können überzeugt war, ersieht man aus der Schrift, worin er diese Idee im Näheren zu begründen versucht hat, und wonach er es sogar für keine Unduldsamkeit erklärt, Diejenigen aus dem Staatsverbande auszuschließen, welche die in demselben geltenden Glaubens-Artikel nicht für die ihrigen anerkennen zu können erklärten [96].

»Il y a donc une profession purement civile«, bemerkt er, »dont il appartient au Souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de Religion, mais comme sentimens de sociabilité, sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen, ni sujet fidèle. Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'Etat quiconque ne les croit pas [97]; il peut le bannir, non comme impie, mais comme insociable, comme incapable d'aimer sincèrement les loix, la justice, et d'immoler au besoin sa vie à son devoir. Que si quelqu'un, après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de mort; il a commis le plus grand des crimes, il a menti devant les Loix«.

Bei solcher Auffassung des Wesens der Religion, konnte von dieser Lehre, wonach der Eid als bloße Staatsanstalt betrachtet wurde, ein heilbringender Erfolg nicht erwartet werden, da ihm danach die einzig wahre und dauerbare Grundlage entzogen war. In dem Raisonnement, daß die Partei durch den Unglauben zwar nicht die Religion verletze, wohl aber wider die Majestät des Volks, dessen Gesetz, sich vergehe, lag eine eben so große Verkennung der allein noch einen Anhaltspunct gewährenden, auch im Volksbewußtseyn wenigstens noch nicht erloschenen, gegentheiligen religiösen Ueberzeugung von der tiefern Bedeutung des Eides, als ein völlig ver-

---

éternels de la morale«, welchem er das der Religion des Lama, so wie der Japanesen an die Seite gestellte Christenthum der römischen Kirche einer- und den Götzendienst der ältesten Völker andererseits entgegensetzt, — dachte. J. J. Rousseau, contr. social (collat. des ouvres, Neufch., 1775), chapitre VIII (p. 341).

96) Rousseau, l. c. (p. 348).

97) Das hier fehlende »et le déclare« versteht sich von selbst.

fehltes Mittel die Heilighaltung desselben zu fördern. Daß man mit der Majestät des Volks und dessen Satzungen sich abzufinden wissen werde, wenn man dieses Volk erst einmal dahin gebracht habe, den christlichen Glauben aufzugeben und zu verläugnen, das hat keine Nation in höherem Maaße erfahren, als die, welcher der genannte Schriftsteller angehört. Nach jener Ansicht vom Eide, wonach derselbe nur als ein dem Staate dienendes Institut betrachtet wurde, verlor derselbe fortan den Charakter eines christlichen gänzlich.

Wie aber die alttestamentlichen Gebote, dem einigen, allein wahren Gott ausschließlich, durch Anrufung seines Namens, die Ehre zu geben, in dem Verbote bei falschen Göttern zu schwören seine Kehrseite fand, so stand, wie bereits ausgeführt wurde, die evangelische Plerosis damit in völliger Uebereinstimmung. Wenn gleich die folgende Entwickelung der Eideslehre in der Kirche, in ihrem Kampfe wider Pelagianer, Benedictiner, Manichäer, Albigenser, Waldenser, Wiedertäufer, Socinianer &c. auf die Statthaftigkeit des Eides überhaupt, — der Streit seit dem 18. Jahrhundert aber daneben auf die Lösung der Frage: ob fortan auch von einem specifisch christlichen oder nur von einem moralischen Eide noch die Rede seyn solle? sich bezog, — so hat doch die Kirche sich nach dieser doppelten Richtung hin ihr Recht nicht verkümmern lassen und es ist eine erfreuliche Erscheinung, daß auch manche einzelne deutsche Landes-Regierungen, im Hinblick auf die bedenkliche Vermehrung der Meineide, sich veranlaßt fanden, diesem Rechte immer mehr Anerkennung im Staate zu Theil werden lassen und durch ihre Anordnungen darauf hinzuwirken, daß der Eid wiederum gehandhabt werde als ein Institut, welches einst der Kirche angehörte und jetzt wenigstens wider die kirchliche Bedeutung desselben nicht zuzulassen ist. Wie dies für Hessen bereits, nach dem früher Ausgeführten [98], geschehen ist, so hat hier auch in der neuern Zeit Veranlassung sich dargeboten, der allein richtigen Auffassung des Eides Anerkennung zu Theil werden zu lassen. Es werden die in Beziehung hierauf nachfolgenden Bemerkungen

---

98) Abth. I §§. 59 und 60; Abth. II §. 78 (S. 402), §. 83 (S. 427 fg.).

zunächst an schon bekannt Gewordenes zu erinnern und darauf weiter Gefolgtes mitzutheilen haben.

Schon früher wurde nämlich an diesem Orte [99]) angeführt, daß in Hessen ein auf die Religionsfreiheit xc. sich beziehendes Gesetz vom 29. Oct. 1848 erlassen war, in dessen §. 39 bestimmt wurde: „Die Eidesleistung erfolgt mit voller rechtlicher Wirkung durch die feierliche Versicherung: Ich schwöre — — so wahr mir Gott helfe", woneben das Ministerium des Innern dazu, aus erheblichen Gründen für einzelne Religionsgesellschaften eine andere Eidesformel, so wie die sonstigen Formen der Eidesleistung zu bestimmen ermächtigt wurde, bis wohin die seither üblichen Formen in Anwendung bleiben sollten. Dem entgegen wurde im §. 20 der untern 13. April 1852 darauf erfolgten Verfassungs-Urkunde der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte von dem christlichen Glaubensbekenntnisse, vorbehaltlich der durch besondere Gesetze zu bestimmenden Ausnahmen, für abhängig erklärt und daneben der Eid für die Mitglieder der Kammern in den Worten: „bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden", und: „So wahr mir Gott helfe xc." festgesetzt.

Aus einer Vergleichung dieser Bestimmungen ist nun der Zweifel entwickelt worden: ob danach der vor jenem 1848er Gesetze in Kraft bestandene specifisch christliche resp. israelitische Eid rechtlich noch existire oder nicht? so wie, ob, wenn dieses Gesetz in der That nicht durch die Verf.-Urkunde als aufgehoben zu betrachten stehe, die Entscheidung der Frage: ob der Eid nach der älteren oder nach der Formel jenes Gesetzes von 1848 abzunehmen sey, einen Gegenstand des richterlichen Erkenntnisses abgebe oder nicht?

Betrachtet man zunächst den §. 39 des Gesetzes v. 29. Oct. 1848, so ist allerdings nach der unbestimmten Bezeichnung des beim Eide als Zeugen Angerufenen, also „Gottes", die Verschiedenheit dieser Formel von der die Bezugnahme auf Christi Person, oder das Evangelium, in sich begreifenden ältern Formel offenbar und die Zulassung eines solchen Eides, als (bloße) feierliche Versicherung schien der Ansicht das Wort zu reden, als sey statt des

99) Abth. I, S. 298.

bisherigen feierlichen Eides jene bloße eidliche Versicherung unbeschränkt und unbedingt eingeführt worden. Daß diese Auffassung mit dem Geiste der Zeit, in welcher dieser Satzung Geburtsstunde fällt, im Einklang stand, kann man einräumen, ohne daß damit eine näher eingehende Betrachtung ausgeschlossen erschiene.

Bei einer solchen zeigt es sich nun aber einmal, daß mit der Fassung des ersten Satzes, wodurch der Eidesleistung mittelst Berufung auf „Gott" die volle rechtliche Wirkung gesichert wird, keineswegs an der bisher bestandenen Eidesformel eine Aenderung getroffen wird, daß vielmehr, selbst wenn man auch den weiteren, in jenem §. 39 enthaltenen, Vorbehalt in Anschlag bringen will, zufolge der Fassung dieses Paragraphen angenommen werden muß, daß danach keineswegs die Absicht ausgedrückt worden ist, durch die hierin enthaltene Bestimmung die älteren Vorschriften über die Eidesformel zu beseitigen. Die abgerissene Ausdrucksform dieses Paragraphen: „Die Eidesleistung erfolgt mit voller rechtlicher Wirkung durch die feierliche Versicherung: Ich schwöre rc.", gestattet es nämlich, den nicht ausgedrückten und aus der Natur des Verhältnisses sich ergebenden Gedanken zu unterstellen: Es besteht daneben noch die alte, die Anrufung des Namens Jesu Christi mit enthaltende, oder, das heilige Evangelium mit in Bezug nehmende Eidesformel; so daß dann das hierin liegende Zugeständniß durch jene Gesetzesworte nur ergänzt erschiene und der Ausdruck des ganzen Gedankens so lauten würde: Wenn gleich ein Eid bei dem dreieinigen und persönlichen Gott zu Recht besteht, so sollen doch auch die Worte „ich schwöre, so wahr mir Gott helfe" als eine feierliche Versicherung, als eine Eidesleistung mit voller rechtlicher Wirkung betrachtet werden. Anders läßt sich die Fassung des §. 39 nicht erklären. Hätte dadurch namentlich die seit dem Passauer Vertrag von 1552 [1]) für die Augsburgschen Confessions-Verwandten speciell zu Recht bestandene ältere Form völlig beseitigt werden sollen, dann würde jener unzweifelhaft

---

1) Lehmann, de pace religion. pag. 3: „Und soll — auch sonderlich die Form, der Beysitzer und anderer Personen und Partheyen Eyds zu Gott und den Heiligen, oder zu Gott und auff das Heilige Evangelium zu schwören, denen so schwören sollen, hinfort an frey gelassen."

anders lauten, das Verbot dieser letzteren Form ausdrücklich enthalten müssen. Man wird, wie bemerkt, zugeben müssen, daß der treibende Gedanke bei dem 1848er Gesetz in der vorliegenden Beziehung auf eine weiter gehende Wirkung gerichtet gewesen sey, als durch den §. 39 bezeichnet worden ist, daß namentlich die Person Jesu Christi oder, was dieselbe bedeutet, das Wort der ewigen Wahrheit, das Evangelium, aus des Eides Fassung habe völlig verbannt werden sollen. War ja von je her bei aller Auflehnung wider christliche Obrigkeit, bei allen Umwälzungen der erste Angriff wider die Majestät Gottes, die Person Jesu Christi gerichtet, da mit ihr die Hoheit christlicher Fürsten von selbst fallen mußte. Das Wort „wir wollen nicht, daß Dieser über uns herrsche", welches einst aus dem tumultuirenden Haufen in Jerusalem erscholl, war kein anderes, als das, welches die Revolutionen in der neuern Zeit in Bewegung setzte und darin erhielt; wie es denn überhaupt ein Erfahrungssatz ist, daß dieselben nicht mit dem Griff zum Schwerdte, sondern damit beginnen, daß man das Wort Gottes, das doch die Welt erschaffen hat, erfüllt und erhält, aufgibt, seiner lästert, ja die Erinnerung daran, wenn es möglich wäre, völlig auszutilgen auf das eifrigste bemüht ist. Wie aber der erwähnte Ausdruck des Gesetzes vorliegt, ist dagegen zur Annahme jener weiter gehenden Bedeutung keine Veranlassung, um so weniger, da auch die Motive des Gesetzes sie nicht zu begründen vermögen.

Zwar heißt es danach[2]): „Aus dem Grundsatze völliger Gewissensfreiheit und der Rechtsgleichheit aller Confessionen ergibt sich die Nothwendigkeit, bei der Eidesleistung eine Formel anzuwenden, welche auf das Wesentliche des Eides beschränkt, für jedes Glaubensbekenntniß ohne Gewissensbeschwerde Anwendung finden könne. Diesem Erfordernisse wird durch die in dem ersten Satze des §. 39 angeordnete Eidesformel, durch welche auch die seitherige besondere Eidesformel der Israeliten beseitigt wird, entsprochen". Allein, wenn hier von dem Hervortreten einer Nothwendigkeit zu einer solchen allgemeinen Eidesformel die Rede ist, so kann solche nur auf den Fall bezogen werden, in welchem, wie

---

2) Landtagsverhandl., den am 7. Juni 1847 eröffn. Landtag betr. B. III Beil. 371 S. 16.

bei dem Juden, den Muhamedanern ꝛc. die Bezugnahme auf Christi Person eine Gewissensbeschwerde abgiebt. Auf die christlichen Confessionen dagegen konnte dieser den Motiven entlehnte Satz keine Anwendung leiden, da mit Verläugnung dieses, den Bekenntnissen aller anerkannten christlichen Kirchen zum Grunde liegenden, Namens ihnen ohne Weiteres aller Grund und Boden entzogen, und höchstens ein hohler, haltungsloser Theismus an die Stelle des Glaubens an den einigen persönlichen Gott gesetzt werden würde. Bleibt man hiernach bei der Fassung des §. 39 stehen, so galt für die Glieder der anerkannten christlichen Kirchen vor wie nach auch die ältere Eidesformel mit der Beschränkung jedoch, daß sie gleich den Juden sich der in jenem Paragraphen vorgeschriebenen Formel bei der Eidesleistung bedienen konnten. Da indessen im Zweifel und zwar sowohl bei Christen als bei Juden unterstellt werden muß, daß ein Jeder, welcher in der Lage ist einen Eid leisten zu müssen, auch mit voller Ueberzeugung das wird seyn wollen, was er vor Gericht zu seyn vorgibt, seines Glaubens richtiges Bekenntniß also nicht wird ablehnen mögen, so war schon nach diesem 1848er Gesetze der Richter durch die Worte: „Der Eid erfolgt mit voller rechtlicher Wirkung ꝛc.", nicht allein nicht gehindert, dem Schwurpflichtigen nach der älteren Formel den Eid abzunehmen, sondern vielmehr unzweifelhaft in der Lage, zur Vornahme dieser Handlung, in Gemäßheit der letzteren, ohne Weiteres alsdann zu schreiten, wenn nicht etwa ausdrücklich von einem solchen Individuum auf jene Neuerung würde bestanden werden.

Schon durch dieses Gesetz selbst war demnach dem Richter der Weg angedeutet worden, welchen er bei Handhabung des in so unbestimmter Fassung redigirten §. 39 einzuschlagen habe. Und daß es hoch an der Zeit sey, diesen Weg zu verfolgen, daran mahnte die große Zahl von Eidbruchsfällen, die in den jenem Gesetze gefolgten Jahren zur Untersuchung und Bestrafung kamen.

Es erging hiernächst die erwähnte Bestimmung des §. 20 der Verfass.-Urkunde vom 13. April 1852, so wie die Feststellung des von den Kammer-Mitgliedern zu leistenden und wieder auf den „allmächtigen und allwissenden" Gott, so wie in Beziehung auf den Schlußsatz „So wahr mir Gott helfe" durch ein „ꝛc." auf die

Person unseres Heilandes oder das Evangelium hinweisenden Verpflichtungs-Eides. Jene Gesetzesstelle gab dem Ministerium der Justiz Veranlassung, nach vorgängiger Benehmung mit dem des Innern, durch einen am 30. Juli 1852 erlassenen bereits früher [3]) mitgetheilten Beschluß, die Gerichte darauf aufmerksam zu machen, daß der §. 39 des Gesetzes vom 29. Oct. 1848 durch den §. 20 der Verf.-Urkunde außer Anwendung gesetzt worden sey und die früheren Formen des christlichen und Juden-Eides wider Geltung erlangt hätten.

Nachdem in solcher Weise dem von dem Gesetze zurückgelassenen Mangel im Verwaltungswege zu begegnen unternommen worden war, geschah es in der neuesten Zeit, daß, dieser heilsamen Absicht zuwider, von Seiten eines Untergerichtes in einer einzelnen Rechtssache die in dem mehrgedachten §. 39 des 1848er Gesetzes gebrauchten Worte der Eidesformel gegen den sonstigen Gebrauch wörtlich einem Eidbescheide einverleibt worden waren. Das Ministerium der Justiz erlangte von dieser Verfahrungsweise amtliche Kenntniß und erließ darauf, wiederum nach vorgängiger Benehmung mit dem Ministerum des Innern, durch das betreffende Obergerichts-Directorium im September 1857, folgenden dem gedachten Justizamte eröffneten Beschluß:

„Das gedachte Obergerichts-Directorium hat dem Justizamte — unter Bezugnahme auf dessen an das Consistorium zu M. erstatteten Bericht zu eröffnen, daß das Justizministerium mit Befremden wahrgenommen habe, wie wenig das dermalige Richterpersonal des genannten Justizamts sich geneigt zeige, dem bringend gebotenen Bestreben nicht allein der kirchlichen Behörden, sondern, wie verschiedene Erlasse des Justizministeriums kund geben, der Regierung überhaupt, die mehrfach zu Tage getretenen Schäden der, der Gesetzgebung des Jahres 1848 zum Grund liegenden Lossagung von jedem positiven Bekenntnisse nach Thunlichkeit auszugleichen, auch seinerseits entgegen zu kommen, wie dasselbe vielmehr im Gegensatz zu den andern Gerichten des Landes, namentlich den höheren sich bemühe, jene bekenntnißlose Richtung aufrecht

---

3) Abth. I S. 300.

zu erhalten. Bei einigem Nachdenken könne dem Justizamte nicht entgehen, daß die Anrufung Gottes, wie sie im Eide geschieht, nur dann mit Befriedigung für den Schwörenden erfolgen kann, wenn sie in einer dem Bekenntnisse desselben entsprechenden Weise geschieht, und da der §. 39 des Gesetzes vom 29. Oct. 1848, worüber seine Fassung keinen Zweifel läßt, den Gebrauch der darin erwähnten Versicherung gestatte, nicht ausschließlich vorschreibe, so könne es nur auf Gleichgültigkeit gegen die Kirche beruhen, wenn ein Richter ohne besondere rechtliche Veranlassung gegen den Wunsch der oberen Kirchenbehörde die erwähnte Versicherung regelmäßig in Anwendung kommen läßt und nicht vielmehr die dem Bekenntnisse der evangelischen Kirche entsprechende und gesetzlich zulässige Eidesformel wählt. Da nun auch die eines klaren Verständnisses entbehrende Behauptung des Justizamts, daß die Bestimmung der „Eidesform" als ein richterlicher Act sich darstelle, entschieden für unrichtig erklärt werden muß, vielmehr es dem Justizministerium zukommt, das deshalbige Verfahren der Gerichte innerhalb der vom Gesetze gelassenen Grenzen zu ordnen, so werde das Justizamt angewiesen, bei Eiden, welche zur christlichen Kirche gehörende Personen beziehungsweise Israeliten zu leisten haben, so viel an ihm liegt, die vor dem gedachten Gesetze üblichen bezüglichen Formeln zur Anwendung zu bringen und nur in so weit die im §. 39 dieses Gesetzes angegebene feierliche Versicherung zuzulassen, als ein Schwörender solches von freien Stücken ausdrücklich begehre und das Justizamt nach seinem richterlichen Ermessen dafür halte, daß solchem stattzugeben sey. Das Obergerichts-Directorium hat sich zugleich zu vergewissern, daß diesem Beschlusse werde nachgekommen werden."

Es entstand nun in Folge dieses Erlasses von Neuem in Beziehung auf die Frage: ob nicht nach dem Gesetze vom 29. Oct. 1848 §. 39, oder, in Gemäßheit der Verfass.-Urkunde vom 13. April 1852 §. 20 und den erwähnten, darauf sich beziehenden, Erlassen des Justiz-Ministeriums die ältere, gemeinrechtliche Formel anzuwenden sey? das bereits angedeutete Bedenken: ob nicht auch jene Frage ausschließlich zur Cognition der Gerichte gehöre? die Festsetzung der Formel also, ob nämlich dabei nur auf den Namen Gottes sich zu beziehen, oder dieser durch Hinweisung auf die Person Christi resp. das Evangelium, dem christlichen Bekenntnisse

gemäß, näher zu bestimmen sey, lediglich einen Gegenstand des richterlichen Erkenntnisses abgebe? Man wird aber diese Frage zu verneinen haben. Bei der hervorgehobenen Fassung jenes §. 39, zufolge welcher die ältere Eidesformel keineswegs als beseitigt, sondern vielmehr als fortdauernd geltend zu betrachten ist, blieb es ungewiß, in welchen Fällen jene und in welchen die neuere Formel angewendet werden sollte. Die deshalbige Anordnung zu treffen, blieb demnach der zur Vollziehung des Gesetzes berufenen obersten Staatsbehörde anheim gestellt. Es war das auch durch die Natur des vorliegenden Verhältnisses geboten. Der Gegenstand, um den es sich handelt, der Eid, ist seitdem die christliche Religion eingeführt worden ist, ein durchaus auf die Lehre der Kirche sich beziehender Act, welcher darum auch später nur in und unter Mitwirkung der Kirche vollzogen wurde. Er hat aber dadurch, daß er später meistens nur in und von den weltlichen Gerichten gehandhabt wurde, seinen kirchlichen Charakter keineswegs verloren und dieser Grund, so wie die darauf sich mitbeziehende Rücksicht auf das geistliche Wohl oder Weh des Volks bei mehr oder minderer Heilighaltung des Eides, begründet nicht blos das Recht, sondern auch die heiligste Pflicht einer Regierung, alle ihr zu Gebote stehenden, rechtlich zulässigen, Mittel anzuwenden, um auf die Anerkennung der allein wahren Grundlage des Eides, seines kirchlichen Fundaments, hinzuwirken. Das ist durch den Ministerial-Beschluß vom Sept. 1857 geschehen und daneben das 1848er Gesetz in genügender Weise berücksichtigt worden. Der Gedanke, daß des Eides Handhabung in die jenem gebührende nähere Beziehung zum Amte des Seelsorgers zu setzen sey, ist denn auch, wenn gleich nicht in specieller Beziehung auf die vorliegende Frage, doch auf andere Veranlassung vom obersten Gerichte des Vaterlandes anerkannt worden. Zwar hat dasselbe allerdings in einigen, zum Theil auch nach dem Gesetze vom 29. Oct. 1848 und der Verfass.-Urkunde entschiedenen, Rechtsfällen [4]) als das Wesentliche beim Eide nur die Anrufung des heiligen Namens Gottes, unter dem Gebrauche der Formel „so

---

4) Annalen d. Justizpflege rc. in Kurhessen, Jahrg. IV, S. 236. Die beiden hier erwähnten Fälle sind aus den Jahren 1841 und 1855.

wahr mir Gott helfe" bezeichnet und in der letzteren Beziehung die Abnahme des Eides angeordnet, ohne über die Voraussetzung der in Rede stehenden specifisch christlichen Eidesform sich auszulassen. Abgesehen davon aber, daß die beiden hier in Rede stehenden Aussprüche auf Requisitionen an französische Gerichte um Eidesabnahme sich bezogen, — von welchen es bekannt ist, daß sie längst dem christlichen Eide sich entfremdet haben, weshalb denn auch stets eine speciell anzugebende und auf das unumgänglich Nothwendige zu beschränkende Formulirung bei solchen Ersuchen erfordert wird, — kann auch die Frage, ob das gedachte Gericht auf dem bereits oben angedeuteten Wege nach dem §. 39 des Gesetzes v. 29. Oct. 1848 es für genügend erachtet habe, wenn, abgesehen von jenem Falle, ein Eid nach der angegebenen Formel ausgeschworen werde? dahin gestellt bleiben; jedenfalls enthält sie keinen Ausspruch darüber, ob, wenn einmal die oberste Justiz-Verwaltungsbehörde eine, auf die Handhabung des Eides nach der älteren gemeinrechtlichen Formel sich beziehende, Anordnung in der erwähnten Fassung erlassen habe, derselben, auf den Grund der richterlichen Cognition, entgegen gehandelt werden könne. Der vaterländische oberste Gerichtshof geht dagegen namentlich von der Ueberzeugung aus, daß der Eid nur unter Mitwirkung der die kirchlichen und Cultus-Angelegenheiten verwaltenden resp. auf solche wachenden Diener und Behörden in wirksamer Weise gehandhabt werden könne; dieß ergibt sich aus einer Entscheidung desselben aus jüngster Zeit [5]), wonach die Beantwortung der Frage, ob ein Schwurpflichtiger, vermöge seiner christlichen Erkenntniß für eidesfähig zu erachten oder, mit Rücksicht auf die in dieser Beziehung hervorgetretenen Mängel, nicht vielmehr das Gegentheil anzunehmen sey? als vor die Zuständigkeit des Geistlichen gehörig bezeichnet worden ist. In diesem Ausspruche liegt die Anerkennung der doppelten Natur des Eides, also als eines in dem Gebiete der Kirche heimischen Instituts, dessen andere Natur aber, die rechtliche, nur dann eine wahre Bedeutung und die beabsichtigte Folge hat, wenn jene in unverkümmertem Ansehen besteht. Aus dieser Unterscheidung erklärt sich denn auch die Annahme vom Erforderniß des Zurück-

---

5) Es ist die bereits oben (S. 259) näher mitgetheilte.

tretens der richterlichen Thätigkeit in dem Falle, wenn von der Bedeutung des eigentlichen, innern Wesens des Eides die Rede, die pfarramtliche Wirksamkeit also begründet ist, wie in dem angegebenen Falle zweifelhafter Eidesfähigkeit. Wie aber in diesem, so ist auch in dem Falle die geistliche Behörde thätig zu werden allein befugt und verpflichtet, wenn, ohne gesetzlich zwingende Veranlassung, ein ihrer Pflege obliegendes Institut, wie der Eid, in seiner Existenz überhaupt gefährdet wird. Hiernach rechtfertigt sich denn die obige Beantwortung der aufgestellten Frage.

Leidet es nun nach dem Bisherigen keinen Zweifel, daß der gerichtliche Eid unbedenklich insofern für Christen zuzulassen ist, als er mit dem Bekenntnisse derselben im Einklange abgelegt wird, so kann dann nur noch die Frage entstehen, welche einzelne Eide etwa Abschaffung oder Beschränkung erheischen. Hier ist denn also nicht der bereits früher[6]) bezeichnete, auf die Heilighaltung des Eides überhaupt sich beziehende, allgemeine Gesichtspunct allein schon entscheidend, — in welcher Hinsicht auf die (a. a. O.) bereits geschehenen Andeutungen sich bezogen wird; — vielmehr ist bei jedem der verschiedenen Gerichtseide die gedachte Frage zu beantworten.

Es kommen hier zunächst diejenigen Eide in Betracht, welche weil sie auf den Grund jeder Aussage, Versicherung, Betheurung, auf das Wissen oder Glauben einer- und auf das Gegentheil von beiden andererseits sich beziehen können, auch bereits früher an diesem Orte[7]) vor den einzelnen, ihrem Zwecke nach bezeichneten, Arten des Eides behandelt worden sind.

2. Der Glaubens-Eid.

Nach dem früher[7a]) Ausgeführten ist an der gemeinrechtlichen Begründung dieses Eides nicht wohl zu zweifeln. Anders verhält es sich, wenn man, abgesehen hiervon, dessen Zulässigkeit vom Standpuncte der Sittlichkeit, der Natur und des Zwecks des Eides überhaupt einer Prüfung unterwirft.

---

6) Abth. I, §. 64 (S. 322); — §. 72 (S. 349).

7) Abth. II S. 60—103.

7a) Ebendas. S. 67.

Betrachtet man den Glaubenseid namentlich in diesen verschiedenen Beziehungen, so werden zunächst nach dem über die Voraussetzungen jenes, ihrem Inhalte nach, bereits früher Bemerkten [8]), zwei wesentliche Eigenschaften des Eides überhaupt an solchem vermißt. Es mangelt einmal an der »justitia in objecto«, welche insonderheit auch auf die Erheblichkeit des Zweckes des Eides sich bezieht; so wie an der »veritas in mente«, d. h. an der Uebereinstimmung der äußern Betheuerung mit der innern Ueberzeugung, welcher die Absicht entspricht, die Wahrheit ohne Zweideutigkeit zu bekunden. Wie sodann die Erforschung der Wahrheit der erheblichen Thatsachen Endziel der Beweisauflage, Bedingung der richterlichen Zuerkennung des Anspruchs oder der Befreiung von einer Verbindlichkeit, überhaupt aber die Möglichkeit, Wahrheit zu finden, unerlaßliche Voraussetzung jedes dazu in Vorschlag gebrachten Mittels seyn muß, — so läßt sich nicht bestreiten, daß durch die alleinige Feststellung eines Glaubens, Fürwahrhaltens, oder wohl gar nur eines Nichtwissens diesen Zweck nicht erreicht zu werden vermag. Der Richter und mit ihm der Gegner des Schwurpflichtigen verlangt Gewißheit über das bestrittene Factum, Klarheit über einen dunkeln Punct in den Verhandlungen; dagegen wird ihnen geboten der Ausdruck einer nur schwankenden, auf unsicherer Grundlage gestützten und nach der Verschiedenheit der Individuen auf das manchfachste bedingten Ueberzeugung von der Existenz jener Thatsachen; statt des Lichtes wird durch einen solchen Eid über das streitige Gebiet nur zweifelhafter, falber, trüber Dämmerschein verbreitet. Unmöglich konnte, um hier nur an das bereits mehrfach erwähnte Beispiel der Rechtsprechung zu erinnern [8a]), nach welchem entfernt wohnende Erben der angeblichen Donatarin ihres, in seinen speciellen Verhältnissen ihnen nicht bekannten, Erblassers gegenüber, der Glaubenseid angemuthet wurde und dieser letztere zur Förderung der Wahrheit gereichen; wohin aber würde es voraussichtlich geführt haben, wenn die Delaten der Zurückschiebung sich bedient hätten! Während man für jenem Fall die Besorgniß, der Eid werde ein Eid

---

8) Abth. I, §. 27 (S. 134 fg.).
8 a) Abth. II, S. 83.

der Leichtgläubigkeit, der Unbedachtsamkeit, wenn nicht offenen Frevelmuths seyn, nicht zu beseitigen vermocht haben würde, hätte sich im andern der gegründete Verdacht des Meineids in noch dringenderem Grade geltend machen müssen. Es stellt sich, um es mit einem Wort zu bezeichnen, dieser Eid für den Leichtfertigen als eine Versuchung, für den Gewissenhaften als eine harte Beschwerniß dar. Man sollte denn auch hier nicht darauf sich beziehen, daß ja von den Streittheilen darüber sich verglichen worden sey, von der Leistung eines solchen Eides das Ende des Streits abhängig zu machen. Von einer solchen Uebereinkunft kann nicht die Rede seyn, wenn, wie hier, der Vergleich auf eine bloße Wette geht, welche, indem sie einen Eidschwur zum Gegenstand hat, das Interesse der Religion und Sittlichkeit im innersten Grunde gefährdet.

Eine christliche Regierung würde daher ein hochwichtiges Ziel erreichen, wenn sie den Glaubenseid schlechthin abschaffte, wozu sie durch den doppelten Grund bewogen erscheint: einmal, weil durch diesen Eid eine genügende Ueberzeugung des Richters nicht begründet zu werden vermag, und dann, weil seine Beibehaltung als ein wesentliches Hinderniß der Heilighaltung des Eides sich darstellt. Der Anfang zu solcher Abstellung ist bereits gemacht, indem die Beseitigung des Glaubenseides der germanischen Eideshelfer mit dem ganzen Institut der letzteren, ferner des generellen und in vielen Ländern auch des speciellen Calumnien-Eides, insbesondere auch des juramentum respondendorum vornämlich auf diesen Grund mit zurückzuführen ist. Und wenn man auch zugeben muß, daß ein zu häufiges Eingreifen durch positive Gesetze in das, mehr wie ein anderes, nur von dem Gebrauche der Gerichte zu beherrschende Gebiet des Proceßrechts bedenklich ist; so ist doch, wie bemerkt, hier nicht blos von diesem nur formellen Rechte, sondern von einem solchen die Rede, dessen sorgsame Beachtung für den Staat überhaupt, insbesondere, zur Verhütung der schwersten Verbrechen, zur Bewahrung der Gewissensruhe und der Sittlichkeit seiner Bürger von der größten Bedeutung erscheint. Auch bietet schon die Praxis, namentlich die hessische, einen geeigneten Anfang, wenn auch vorerst nur zur Beschränkung des Glaubenseides dar; den, in Beziehung auf ein specielles

Verhältniß, anerkannten Grundsatz nämlich, daß es bei dem Glaubenseide nicht auf ein vages Meinen, sondern auf ein gehörig motivirtes Dafürhalten ankomme, weshalb denn auch dem Schwurpflichtigen dieser Eid dahin auferlegt wird, daß er nicht wisse und, nach sorgfältig angestellter Untersuchung, nicht glaube, daß die in Rede stehende Thatsache stattgefunden habe[9]). Diese Beschränkung empfahl sich schon einer verständigen Reflexion durch die Erwägung, daß der Glaubenseid, seiner innern Natur nach, eine bei weitem sorgfältigere Prüfung der in Betracht kommenden thatsächlichen Voraussetzungen, eine tiefere Einsicht in dieselbe vermittelst einer schärfern Beurtheilung, erfordere, als bei dem nur auf die Wahrnehmungen mit den leiblichen Sinnen sich beziehenden Wahrheitseid nothwendig ist. Bereits auf solchem Wege mußte man zur Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer strengern Prüfung der Voraussetzungen des Glaubenseides gelangen und er wird, bei weiterer Benutzung des dadurch gewonnenen Anhaltspuncts, allmälig die Gesetzgebung zum Ziele völliger Beseitigung dieses Heerdes unwahrer, versteckter und hinterhaltiger Deutungen, Verdrehungen und Beschränkungen des ausgesetzten Schwursatzes führen. Bei weiterem Fortschritt auf dieser Bahn wird der Gesetzgeber vornämlich durch den Gedanken geleitet werden, daß die doch angestrebte Abwendung der alltäglich den streitenden Parteien entgegentretenden Versuchungen zu freventlichen Verletzungen der Wahrheit mittelst des Eidschwurs gerade mit der fortdauernden Anerkennung der Zulässigkeit solcher Glaubenseide völlig unvereinbar ist.

Was insbesondere die Anwendung des Glaubenseides bei den nothwendigen Eiden betrifft, so wird er, nach dem früher Ausgeführten [10]), um deswillen hier für zulässig erachtet, weil, wenn bereits halber oder mehr als halber Beweis vorliege, eine Wahrscheinlichkeit vorhanden sey, die es ausschließe, lediglich aus dem Grunde Beweisfälligkeit zu erkennen, weil der Eid nur dem Glauben nach ausgeschworen werde. Wenn es nun aber auch richtig ist, daß durch eine solche Beweisführung der Glaube

9) Abth. II, S. 82.
10) Abth. II, S. 90 fg.

der Partei an die Gerechtigkeit ihrer Sache Unterstützung erhalten kann, so bleibt doch immerhin der vorliegende Beweis ein unvollständiger. Die eidliche Berufung der Partei auf den durch denselben begründeten Glauben an sich führt dem Richter keinen neuen Ueberzeugungsgrund zu; es wäre denn, daß der Schwörende auf eine von jener unvollständigen Beweisführung unabhängige, speciell anzugebende, Begründung des Glaubens [11]) zu dem Ende sich bezogen hätte. Nur für den Fall, daß die letztere in genügender Weise vorliegt, sollte denn auch, schon nach den dermalen bestehenden Grundsätzen in Beziehung auf die Notheide dem Glauben nach, eine Beschränkung eintreten müssen. Dieß würde der erste Schritt zur Beseitigung der Grundlage dieser Gattung von Eiden seyn, deren demnächstige völlige Abschaffung durch die Rücksicht auf deren Unvereinbarkeit mit der Grundbedingung der nothwendigen Eide sich rechtfertigen würde; da bei den letzteren von der Natur eines Vergleichs nicht die Rede ist, vielmehr als das Wesentliche dabei der Umstand sich darstellt, daß dem Richter nicht durch eine unsichere Vermuthung, den bloßen Glauben der schwörenden Partei, die erforderliche Ueberzeugung von dem streitigen Thatumstande gewährt werden kann. Es mangelt ja hier völlig an der nothwendigen Voraussetzung, unter welcher der Richter überhaupt auf einen Eid von Amtswegen zu erkennen im Stande ist, die eben nur darin besteht, daß der Eid auf die Wahrheit des Eidessatzes gerichtet wird. Für die Beseitigung dieses Eides haben sich denn auch, wie bereits angedeutet worden, bewährte Rechtslehrer zum Oefteren ausgesprochen [12]).

---

11) Die bloße Möglichkeit, daß der schwurpflichtigen Partei in den Acten nicht vorkommende Thatsachen bekannt seyn können, — ein Fall, wie er früher (S. 145 Not. 69) erwähnt wurde, — stellt sich in der That als höchst bedenklich und ungenügend zu dem Ende dar, um die dem Richter zu gewährende Ueberzeugung von der Begründetheit des Glaubens jener Partei zu erwecken.

12) Nur das Wort v. Globigs, Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichk. (Regensb. 1806), Th. II, S. 118 fg. möge hier stehen: „So wie das Zeugniß und Geständniß nur die Thatsache, nicht aber ein Urtheil enthalten soll, außer wenn solches von einem Kunstverständigen verlangt wird, so darf eben so wenig der Eid, als die Bestätigung des Zeugnisses und Geständnisses, jene Grenzlinie überschreiten, mithin nicht als ein Urtheil über die Handlung eines

Als ein Glaubenseid ist nun aber insonderheit auch zu betrachten:

3. Der Eid in die Seele eines Dritten[13]).

Es wird hier nämlich davon ausgegangen, daß unter Umständen in die Seele des Schwurpflichtigen solle geschworen werden können. Die Idee, welche dieser Annahme zum Grunde liegt, widerstreitet indessen durchaus der des gerichtlichen Eides. Bei diesem wird, wie früher ausgeführt worden ist, vorausgesetzt, daß das Gericht und der zur mitwirkenden Thätigkeit berufene Seelsorger im Stande sich befinden, durch Erläuterung des Sachverhältnisses einer-, und Schärfung des Gewissens andererseits auf die Person des Schwurpflichtigen einzuwirken, um so geeignetenfalls den Act der Eidesleistung ganz zu verhüten, oder doch auszusetzen. Die Möglichkeit zu einem solchen, durch die Umstände oft gebotenen, Verfahren erscheint nun aber in dem Falle ausgeschlossen, wenn

---

Andern, durch Glauben und Dafürhalten (de credulitate) geleistet werden; und hat, wenn er in dieser Form erfolgt, kein Gewicht zur Erkenntniß der Wahrheit eines streitigen Satzes. Man pflegt diesen Eid den Erben oder andern Nachfolgern im Eigenthum und Besitz zu gestatten, weil man es für ungerecht hält, ihnen die Wohlthat des Eidschwurs über die Handlung ihres Vorgängers zu entziehen. Allein dieß Verhältniß derselben kann ihren Behauptungen kein größeres Gewicht geben; sie müssen das Verschulden oder das Unglück ihres Vorfahren tragen, ohne es dem daran unschuldigen Gegner aufzubürden, indem sie ihm einen Beweis aufdringen, welcher mit den Erkenntnißgründen der Wahrheit nicht übereinstimmt. Diese Modification des Eides kann daher nur bei der freiwilligen Eidesdelation gestattet werden, wo das Gericht sich solche als Transaction gefallen lassen muß. Sie darf nicht als gesetzliche Norm verordnet und unter die gültigen Beweismittel gerechnet werden. Sie ist daher ein großer Uebelstand des gerichtlichen Verfahrens, besonders in Verbindung mit dem Erfüllungs- oder Reinigungs-Eide, die schon an sich so wenig Gewicht haben. Sie enthält auch in dieser Anwendung einen psychologischen Zwang für diejenigen, welche ein zartes Gewissen oder ein schwaches Nervensystem haben und daher mehr Bedenken finden, über die Handlungen Anderer, von denen sie keine Kenntniß haben, etwas zu sagen. Dagegen werden Leichtsinnige desto eher bewogen, eine solche Eidesformel, die sie vor der Entdeckung des Meineids sichert, wider besseres Wissen zu schwören."

13) Abth. II S. 260 fg.

der Schwurpflichtige selbst, wie in dem in Rede stehenden Falle, jenen Act selbst gar nicht vollzieht. Hier steht er also außer dem Bereiche persönlicher Einwirkung der zu dieser berufenen Beamteten; die wirklich zum Schwur bereit sich erklärende Mittelsperson aber erachtet ihr Gewissen bei Leistung des Schwurs für völlig unbetheiligt und die Sache vielleicht nicht einmal zu einer Prüfung der Frage für geeignet, ob sie in der That gänzlich glaube und dafür halte, daß auch ihr Principal den Eid mit gutem Gewissen ausschwören könne. Sie wird also in der Regel mit Rücksicht entweder etwa auf die bürgerliche Stellung, welche der schwurpflichtige Mandant einnimmt, oder auf den Mangel an speciellen Gründen, einen Auftraggeber für gewissenlos zu halten, das Maaß der Obliegenheit ihrer eigenen Prüfung für erreicht annehmen und so kann es dahin kommen, daß, anstatt daß in die Seele des Andern, vielmehr — ohne die Seele des Einen oder des Andern geschworen, der Eid also zu einer rein äußerlichen Geschäfts-Operation herabgewürdigt wird.

Die beiden regelmäßigen Haupt-Anwendungsfälle dieses Eides finden namentlich Statt, wenn es sich von der Eidesleistung fürstlicher Personen, — und dann, wenn es von der Eidespflichtigkeit der Gemeinden sich handelt. Für jenen Fall ist nun einmal, was wenigstens Haupteide betrifft, in Hessen die Zulässigkeit einer Vertretung auf die Person des Landesherrn mit Recht beschränkt[14]; dann aber auch, was die Handlung des letzteren insbesondere anlangt, das in Hessen-Darmstadt bestehende Verfahren anerkennenswerth, wonach in Fällen, wo außerdem die Leistung eines feierlichen Eides erfordert worden seyn würde, die Ausstellung des schriftlichen Fürstenworts für eine Aeußerung von gleicher rechtlicher Wirkung angenommen wird[15]. Was dagegen den andern Fall, wo es sich davon handelt, daß einzelne Glieder einer Gemeinde für diese den Eid leisten soll, angeht, so ist hier der in Hessen zu Recht bestehende[16]) Grundsatz durchaus zu billigen, daß nicht in die Seele der Gemeinde, d. h. der der übrigen Gemeindeglieder ꝛc.,

---

14) Abth. II, S. 219 fg.
15) Eben das., S. 223.
16) Eben das., S. 263.

sondern nur nach der Wissenschaft, welche einem jeden der Schwörenden beiwohnt, der Eid geleistet wird.

4. Der Ignoranz-Eid.

Während dieser Eid mit dem Glaubenseide das gemeinschaftlich hat, daß er, wie dieser, nur auf einer in subjectiven Gründen wurzelnden Ueberzeugung, im Gegensatz zu unmittelbarer Wissenschaft rücksichtlich fremder Thatumstände, beruhet, unterscheidet er sich, nach dem an diesem Orte bereits früher Bemerkten [17]) von demselben dadurch, daß er sich nicht, wie dieser, auf die subjective Ueberzeugung des Schwurpflichtigen beschränkt, sondern zugleich auf das Nichtwissen anderer, dieser Ueberzeugung entgegenstehender, Thatumstände erstreckt und, wie die Bezeichnung derselben, also auch eine vorgängige möglichst genaue Ermittelung erfordert. Gesetzlich wohl nur auf die, »qui in alterius locum succedunt«, also auf Erben und Singular-Successoren [18]), sich beziehend, beruhet bei ihm Alles, einmal auf der Fassungskraft und Einsicht des Schwurpflichtigen darüber, ob und wieviel Gewicht er den für oder gegen die Versicherung seiner Unkenntniß des in Rede stehenden Verhältnisses streitenden Gründen beilegt, und dann auf der Beschaffenheit seines Willens, ob und wieweit er nämlich im Kampf seines Gewissens und seiner Liebe zur Wahrheit mit den beiden entgegentretenden Interessen der Ehre, des Vermögens oder sonstiger Vortheile die Oberhand zu behalten geneigt und zu dem Ende gerüstet, daneben aber auch dazu bereit ist, alle zur Erforschung der nöthigen Ueberzeugungs-Gründe erforderlichen Mittel und Wege einzuschlagen. Darüber, daß diese Art der Wahrheits-Erforschung die allerunsicherste ist, der Sieg des materiellen Rechts dadurch nicht gefördert werden, das beschworene Nichtwissen also mit einem Worte die richterliche Ueberzeugung nicht bestimmen kann, — sind die Vertheidiger und Gegner dieses Eides einverstanden [19]) und es ist hier wiederum vornämlich die Idee des Ver-

17) Abth. II, S. 94 fg.

18) Ebendas., S. 93 Not. 97.

19) v. Globig, a. a. O., S. 120: „Bey fremden Handlungen kann —

gleichs, durch welche allein die Statthaftigkeit zu rechtfertigen gesucht wird, indem, wenn der Deferent entweder mit der Betheuerung des Nichtwissens von Seiten des Delaten, oder mit der dem entsprechenden Regulirung des Eides Seitens des Richters zufrieden sich bezeigt, hierin eine auf die Art und Weise der Beendigung des Rechtsstreits sich beziehende Uebereinkunft beider Theile zu liegen scheint, welche man mit v. Savigny[20]) in so weit für unbedenklich finden könnte, wenn nicht auch hier der bereits für den Glaubenseid geltend gemachte Gesichtspunct in Betracht käme, daß durch Gestattung eines solchen, auf einen ganz unerheblichen Umstand sich beziehenden, Eides ein völlig unwürdiges Spiel mit diesem heiligen Institute getrieben werden würde. Jedenfalls kann denn auch jene Rechtfertigung des Ignoranzeids durch die Annahme eines Vergleichs für dergleichen nothwendige Eide, bei welchen lediglich die richterliche Ueberzeugung von der Tüchtigkeit des Eides als eines Mittels die Wahrheit zu erforschen entscheidend ist, hier nicht von Erheblichkeit seyn. In Beziehung auf diese Notheide mindestens wird man also, nach den erwähnten Gründen, den Ignoranzeid für ein ganz ungenügendes Mittel erachten müssen.

In Hessen ist die Anerkennung dieser Ansicht vorbereitet durch die bereits früher an diesem Ort[21]) erwähnten Anforderungen, wonach die Gerichte die Zulassung dieses Eides abhängig zu machen haben, sowohl von der Angabe eines genügenden und zu bescheinigenden Grundes, aus welchem der Schwurpflichtige das bloße Nichtwissen, den Mangel an einer Ursache, den streitigen Thatumstand so wenig zu glauben, als nicht zu glauben, eidlich erhärten will, als auch von der Versicherung der fruchtlos gebliebenen Aufsuchung und Prüfung der auf jenes factische Verhältniß sich beziehenden Erkenntnißquellen[22]).

---

die Eidesleistung nur vom Nichtwissen (de ignorantia) stattfinden, wenn es an andern Aufklärungsmitteln fehlt; aber diese Art des Eidschwurs wird selten zur Entscheidung der Sache etwas beitragen, und nur bey der freiwilligen Eidesdelation über das Object des Rechtsstreits entscheiden können."

20) System, Th. VII S. 75.

21) Abth. II, S. 99 fg.

22) Ebendas, S. 100.

5. Der Eid des Nichtglaubens.

Bietet schon der auf ein positives Glauben gerichtete Eid, nach dem früher (S. 531 fg.) Bemerkten, keinen sichern Anhaltspunct für die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit eines Factums dar, so muß dieß in noch höherem Maaße von dem Fall behauptet werden, wo es sich von der Betheuerung des Nichtglaubens an dessen Existenz handelt. Diese Versicherung würde, da sie ausschließlich auf subjectiven Gründen des Fürwahrhaltens beruhet, bei redlichen und gewissenhaften Individuen in erhöhetem Maaße die nicht bezweckte Bereitwilligkeit eines völligen Aufgebens rechtlich wohl begründeter Ansprüche veranlassen, für unredliche und gewissenlose Personen aber deshalb, weil für die blos subjectiven Gründe des Nichtglaubens dem weltlichen Strafrichter keine Norm der Beurtheilung der Richtigkeit gewährt ist, eine nur zu oft wirksame Versuchung darbieten, durch nichtige Gründe den Nichtglauben vor dem Richterstuhl des eigenen Gewissens zu rechtfertigen.

Wenn man diesen Eid nicht schon, wie bereits an diesem Orte [23]) angedeutet worden, als außer Gebrauch sich befindend zu betrachten hätte, so würde derselbe jedenfalls als zur Abschaffung völlig geeignet zu bezeichnen seyn.

6. Die Eideszuschiebung.

Bereits früher wurden an diesem Orte [24]) Bedenken wider die Zuläßigkeit derselben vom sittlichen und religiösen Standpuncte aus angeregt. In der That ist denn auch zunächst der in dieser Hinsicht an die Spitze der Lehre gestellte Satz: „es liege eine manifesta turpitudo und ein Geständniß vor, wenn Jemand den Eid zu leisten oder zurückzuschieben sich weigere,“ in jener doppelten Beziehung zweifelhaft und in vielen Fällen unhaltbar. Stellt man sich z. B. den Fall vor, daß der Delat aus ängstlicher Ge-

23) Abth. II, S. 100 fg.

24) Abth. II, S. 37 fg. und S. 47.

wissenhaftigkeit, weil er etwa die zu beschwörende Thatsache in ihren Einzelnheiten genau sich zu vergegenwärtigen nicht mehr im Stande, oder durch, wenn auch der That nach unbegründete, Gewissensscrupel sich abgehalten findet, den Eid zu leisten, daneben aber, in Ermangelung genügender Beweismittel, sein Gewissen mit Beweis zu vertreten nicht in der Lage ist, endlich aber auch, bei der ihm verdächtigen Wahrheitsliebe des Deferenten, diesem den Eid nicht zurückschieben mag, — so liegen dann offenbar Umstände vor, welche die Anwendung jenes Sittenspruchs ausschließen. Er würde also nur für den Fall passen, wo der Delat mit der unzweifelhaften Kenntniß des wahren Sachverhalts den Eid gleichwohl zu schwören sich weigert; hier wäre allerdings, dem Zutrauen des Deferenten in seine Wahrheitsliebe gegenüber, ein solches Verhalten nicht zu rechtfertigen und jene Bezeichnung dafür entsprechend. Enthält demnach die letztere nur mit großer Einschränkung eine Wahrheit, dann kömmt es auf die weitere Prüfung der Sache an.

Wie nun aber die Befugniß des Delaten, die Annahme, die Zurückschiebung des Eides und die Vertretung des Gewissens zu verweigern, also erscheint auch die des D e f e r e n t e n den Eid zuzuschieben vom sittlichen Standpunkte aus zweifelhaft. Weiß derselbe gewiß, daß der Thatumstand, welchen der Delat eidlich verneinen soll, nur zu b e j a h e n ist, so verlangt er, daß derselbe einen falschen Eid leiste, muthet ihm also zu, ein Verbrechen zu begehen, würde sonach im Mißbrauch des Namens Gottes ein Mitschuldiger des Falschschwörenden werden, wenn es zum Eide käme [25]), zumal, wenn er selbst vorher den Calumnien-Eid geleistet hätte. In keinem günstigern Lichte erscheint der Deferent, wenn er umgekehrt von der U n w a h r h e i t des Inhalts des Eidessatzes, welchen der Delat verneinen soll, überzeugt ist. Unter freventlichem Mißbrauch des Eides veranlaßt hier nämlich jener die Anrufung des göttlichen Namens über ein ihm unzweifelhaftes Factum zur Bestärkung einer Lüge und erhöhet auch hier die Schuld im Fall die Ausschwörung des Gefährdeeides hinzutritt. Nur in dem Falle also, wenn der Deferent weder in jener, noch

---

25) Abth. II, S. 41.

in dieser Hinsicht in Gewißheit wäre, könnte es entschuldbar erscheinen, wenn er dem Gegner den Eid zuschieben wollte; ein Fall, der aber nicht stets beim Mangel nichtverschuldeter Unkenntniß, sondern auch alsdann eintreten kann, wo es in seiner Macht lag, durch sorgfältige Erforschung des Sachverhalts und Ueberlegung der vorliegenden Umstände jenen Act zu vermeiden [26]).

Geht man von diesen beiden in der Person des Delaten und in der des Deferenten begründeten Bedenken wider die Zulässigkeit der Eideszuschiebung mit Rücksicht auf die Unsittlichkeit und Sündlichkeit jener, wie dieser Handlung aus, dann muß man auch zugeben, daß die Schuld des Deferenten, wenn er in verwerflicher Weise den Eid zuschiebt, die des Delaten, wenn er denselben falsch ausschwört, nicht ausschließt, beider Schuld also neben einander bestehen kann.

Hierzu kommt noch, daß ein Verfahren, wodurch der Delat, welcher nur eine auf die Wahrheit der vorgelegten Thatsachen gegründete Entscheidung verlangte, statt dessen aber zu dem der Eideszuschiebung zum Grunde liegenden Vergleich gezwungen wird, eben so wie die in der Relation liegenden Aufnöthigung eines Zeugen in eigener Sache, welcher doch in Beziehung auf das gewöhnliche Zeugen-Verhältniß ausgeschlossen ist, zumal bei dem Eid über fremde Thatsachen, der Billigkeit widerstreitet; daß aber zudem häufig so wenig die Relation, als die Gewissensvertretung diesen Widerstreit auszugleichen vermag, indem, was jene betrifft, abgesehen von der Beschränkung derselben auf den Fall, wo der Delat nicht der Wahrheit nach schwören kann, Derjenige, welcher leichtfertig den Eid zuschiebt, in gleicher Weise auch den referirten Eid zu leisten schon zur Wahrung seiner äußern Ehrbarkeit, um nicht als ein Lügner erfunden zu werden, in der Versuchung ist; wohingegen in Betreff dieser der Delat wohl nur selten in der Lage sich befindet, die erforderlichen Beweismittel herbeizuschaffen.

Nach dem Bisherigen wird man nun zwar, bei der kaum hin und wieder bezweifelten Unentbehrlichkeit der Eideszuschiebung, noch zur Zeit an eine gänzliche Abschaffung derselben nicht denken können, wohl aber möchten die angedeuteten Momente, die Dringlich-

---

26) Ebendas., S. 42.

keit des Wunsches begründen, gerade in Beziehung auf dieses Institut die richterliche Aufsicht, unter welcher es ja, wie v. Savigny[27]) hervorhebt, um so mehr steht, je weniger es Gegenstand der Privatwillkühr ist, zu verstärken. Es entspricht zwar der üblichen Verfahrungsweise, die Prüfung der Zulässigkeit der Eidesdelation auf die Untersuchung der persönlichen und allgemeinen sachlichen Verhältnisse, welche dabei in Betracht kommen, zu beschränken. Als eine besonders wichtige Aufgabe für den Richter aber stellt es sich dar, durch sorgfältige Prüfung der beigebrachten Beweise und Gegenbeweise, wenn irgend möglich, die Ableistung des zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides zu verhüten. Denn die Erfahrung gewährt hinreichenden Anlaß zu der Besorgniß, daß die Parteien bei Erklärung ihrer Bereitwilligkeit Thatsachen beschwören zu wollen, nicht stets mit derjenigen Gewissenhaftigkeit verfahren, welche zur Vornahme eines solchen Actes ganz vorzugsweise erfordert wird. Und hier, und zwar mit dem Beginnen seiner amtlichen Thätigkeit, drängt sich auch für den Anwalt eine heilige Pflicht auf, nicht blos das äußere Recht, das Mein und Dein, zu vertheidigen, sondern zugleich auch zur Abwendung einer Gewissensverletzung von der Seele seiner Partei mitzuwirken. Das läßt sich so denken. Wenn die Partei bei ihrem Anwalt sich einfindet, wird sie, nach geschehener Mittheilung des Sachverhalts, also der auf die Klage und Vertheidigung sich beziehenden Momente, ordnungsmäßig auch nach den Beweisen, welche sie und ihr Gegner voraussichtlich demnächst geltend zu machen im Stande sind und nach der Wahrheit oder Unwahrheit der Thatumstände, worüber es namentlich zum Eide kommen könnte, befragt werden. Hier ist dann der Fall gegeben, in welchem der Anwalt nicht blos Rechtsbeistand seyn soll. Bis dahin war die Partei mit thatsächlichen Behauptungen noch nicht hervorgetreten; alle Mittheilungen über ihren Streit waren nur vertrauliche zum eigenen Anwalt und von ihm kann sie Berichtigungen in ihren Angaben, Hinweisungen auf Widersprüche in denselben, Warnungen vor Abweichungen von der Wahrheit sich gefallen lassen, ohne besorgen zu müssen, daß solches dem Gerichte, welchem sie regel-

---

27) System, B. VII S. 74, 85.

mäßig in möglichst günstigem Lichte ihren Rechtshandel darzustellen bemüht seyn wird, bekannt werde. Je genauer und umsichtiger nun, vom Beginne des Rechtsstreits an, der Anwalt von seiner Partei über den Sachverhalt sich unterweisen ließ, um so leichter wird er geschickt und, beim Vorhandenseyn gewissenhafter Sorgfalt und ungefärbter Wahrheitsliebe, auch bereitwillig seyn, auf die etwaige Bedenklichkeit oder völlige Verwerflichkeit bevorstehender Eide sie hinzuweisen; um so eher müssen also auch leichtsinnige Eide in solcher Weise vermieden werden können. Regelmäßig wird demnach hier die Ueberzeugung von der hohen Bedeutung des Eides, so wie die Gewissenhaftigkeit Seitens des Anwalts, welcher, nach gewonnener Einsicht in die Streitverhältnisse, vor diesem letzten und gefährlichsten Mittel der Wahrheitserforschung mit Ernst zu warnen, zufolge seines Amts berufen und bei einigem Vertrauen der Partei zu ihm vor Allen geschickt erscheint, über die Leistung oder Abwendung von Eiden und sonach vieler falscher Eide entscheiden.

Sind dagegen die Behauptungen, welche Gegenstand einer Eideszuschiebung voraussichtlich seyn werden, bereits Theil der Gerichts-Acten, dem Richter wie dem Gegner also bekannt geworden und von diesen bestritten; ist, wie dieß z. B. in der hessischen Gesetzgebung ausdrücklich vorgeschrieben, neben den sonstigen Beweismitteln, auch der Eid bereits zugeschoben, damit also auch zur Leistung des zurückgeschobenen Eides von Seiten des Deferenten sich bereit erklärt worden, — dann tritt der bis dahin vielleicht noch gepflegten Liebe zur Wahrheit oder der Furcht vor deren Verletzung eine feindliche Gewalt in der Scheu und falschen Scham, feierlich einmal Behauptetes, als mit der Wahrheit nicht bestehend, zurücknehmen oder abändern zu müssen, entgegen. Kaum wird es noch der, übrigens auch nicht selten vorkommenden, verletzenden Rügen wegen solcher Abweichungen von Seiten des Widersachers bedürfen, um das von der Lüge bereits errichtete Bollwerk noch mehr zu befestigen und so wird eine Partei am Schlusse des Verfahrens, angeregt und getrieben durch die Sucht nach Gewinn, oder das Streben drohenden Vermögensverlust von sich abzuwenbestärkt durch steigende Erbitterung über den vom Gegner vielleicht schon erfahrenen Widerspruch, besorgt auch wohl um den eigenen Ruf, im Fall eines ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits wider

die innern Regungen des Gewissens, wie gegen die ernsten Mahnungen von Außen her mehr und mehr sich verstocken und in diesem Zustande nur zu leicht sich veranlaßt finden, einen Eid zu leisten, welchen sie bei sorgsamer Behandlung durch den eigenen Rechtsbeistand, ruhiger Ueberlegung und gewissenhafter Prüfung des wahren Sachverhalts vor dem Beginne des Rechtsstreits, mit Entrüstung abgelehnt haben würde.

Dem Richter wird freilich, wenn die Verhandlungen ein solches Resultat bereits geliefert haben, nicht alle Mitwirkung zum Zwecke der Verhütung zugeschobener und ihm bedenklich erscheinender Eide entzogen seyn. Bei der von ihm erlangten Einsicht in die Streitverhältnisse der Partei ist er namentlich nicht selten in der Lage, den Beweis oder Gegenbeweis für ganz oder wenigstens in einer die Auflegung eines Ergänzungs- oder Reinigungs-Eides rechtfertigenden Grade für geführt anzunehmen und auf diesem Wege die Ausschwörung des weit bedenklicheren deferirten Eides abzuwenden. Kann nach den Umständen dieß nicht erreicht werden, dann befindet er sich nicht selten in der Lage, in welcher die römischen Juristen zu der Zeit waren, als sie zu der Ueberzeugung gelangten, daß die Zuschiebung des Eides eine häufig mißbrauchte Veranlassung, dem Gegner arglistige Schwierigkeiten bei Verfolgung oder Vertheidigung seiner Rechte zu bereiten, sey, mit einem Worte, daß sie ein weites Feld für die Chicane einer streitsüchtigen, und gewissenlosen Partei eröffene[28]). Geht man hiervon aus, dann wird man dem speciellen Calumieneid zum Zwecke der Beschränkung der Eideszuschiebung allen Werth nicht absprechen können, vielmehr umgekehrt von Neuem die Frage zu prüfen haben, ob nicht, bei vorsichtigem Gebrauche, solcher dazu dienen könne, dem Richter, in Ermangelung sonstiger Mittel, die Leistung eines vielleicht ohne Prüfung zugeschobenen und angenommenen Eides zu verhindern, die Erreichung dieses Zwecks möglich zu machen. Er wurde, wie früher, (a. a. O.) erwähnt, auf Verlangen des Delaten, dem Deferenten dahin auferlegt, daß der letztere von ihm nicht in böser Absicht die Ausschwörung des zugeschobenen Eides begehre, specieller dahin: „daß er sich der Eideszuschie-

28) Abth. II, S. 278 fg.

bung nicht zur vorsätzlichen Gefährde des Delaten, in arglistiger, böser Meinung, sondern lediglich zu seiner Nothdurft bedient habe." Leistete der Deferent den Eid nicht, dann war er »remittenti similis«, was die Zurückweisung der Klage rc. zur Folge hatte; wohingegen, im Fall er jenes that, nunmehr die Sache ihren weiteren rechtlichen Verlauf hatte. Da ein solcher specieller Calumnieneid, wenigstens in Hessen [29]), auch abgesehen von der Hanauschen Proceßgesetzgebung, nicht schlechthin aufgehoben, sondern seine Statthaftigkeit nur von einer näheren Begründung desselben abhängig ist, seiner rechtlichen Bedeutung nach aber jedenfalls dazu geeignet erscheint, den Deferenten zur ernstlichen Prüfung seiner selbst dringend zu veranlassen, so möchte ein öfterer Gebrauch in den hier allein in Rede stehenden Fällen allerdings mitunter dazu sich eigenen, unbedachte und für den Deferenten oder den Delaten bedenkliche, Eide zu verhüten.

7. Der Erfüllungs- und Reinigungs-Eid.

Während, auf den Grund der schon früher (S. 17) dargelegten Ansicht Duaren's, spätere Juristen namentlich den zuerst bezeichneten Eid für verwerflich erklärten [30]), wurde seit dem Anfange dieses Jahrhunderts, nicht ohne Einwirkung der damals herrschenden philosophischen Richtung, die Statthaftigkeit auch des andern, also beider Eide, vom Standpunkte der Gesetzgebungs-Politik aus bestritten. So verneinte insonderheit Grolman [31]) die Frage: ob der Richter auch dann einer der Parteien trauen dürfe, wenn die andere nicht erkläre, daß sie derselben trauen wolle? mit dem Bemerken, daß er der Partei keinen jener beiden Eide aufzulegen befugt sey. Die Gründe, welche er für diesen Satz in Bezug nahm,

---

29) Ebendas. S. 287 fg.

30) Heineccius, elem. jur. civ. (Argent. 1732) P. III l. 12 t. 2 §. 28 (p. 292): »Quamvis si verum fateri velimus, suppletorium jusjurandum in jure nostro nullum reperiat praesidium, et, actore non probante plene, reus absolvendus sit«, l. 19 §. 1 C. de test. Duaren. disp. anniv. II 33.«

31) Magazin f. Philos. u. Gesch. d. Rechts u. d. Gesetzg., IV, 144.

beruhen im Wesentlichen auf der Behauptung, daß Derjenige, welcher vom Staate, dem Richter, die Anerkennung seiner Forderung als einer rechtsgemäßen verlange, auch in der Lage sich befinden müsse, jenen von ihrem rechtlichen Grund zu überzeugen. Wer diese Ueberzeugung nicht herbeizuführen im Stande sey, habe vor dem Staate kein Recht (cui deficit probatio, deficit jus). „Der Staat", bemerkt der genannte Schriftsteller, „kann keinen für verbunden erklären, wider welchen nicht vollkommen bewiesen ist; woher sollte er nun das Recht haben, wenn der, welcher eine Forderung macht, nicht hinlängliche Beweise zur Verdammung seines Gegners vorbringen kann, diesen zu verbinden, daß er der Moralität dessen trauen solle, dem er doch durch seine Ableugnung der Forderung eben kein Zutrauen beweist. Mag der Kläger, welcher ein Recht wirklich hat, von dessen hinlänglichen Grunde er keinen juristisch vollständigen Beweis liefern kann, immerhin mit seinem Geschicke hadern, welches ihn der Möglichkeit, beweisen zu können, beraubte; darum kann er dem Staate nichts vorwerfen, dem das Prädikat eines Allwissenden nicht zu Theil werden kann. Ist aber der Erfüllungseid unnöthig, so kann der Reinigungseid gewiß noch weniger sich einer weisen Gesetzgebung empfehlen. Wollte der, welcher forderte, dem Gegner trauen, so konnte er ja den Eid deferiren. Er that es nicht, warum will ihn denn der Staat hierzu zwingen, warum den zum Schwören nöthigen, den er lossprechen muß, weil ihm keine Gründe, ihn zu verurtheilen, dargereicht werden. — Mit jedem Zweifel unverträglich ist der Satz: daß, sobald der Staat in seinen Gerichten den Erfüllungs- und Reinigungs-Eid, bei mangelhaften Beweisgründen, als Entscheidungsnorm aufgestellt hat, in dieser Aufstellung ein Gesetz erscheint, das durch den allgemeinen Volkswillen (er werde nun unmittelbar durch die Individuen, oder mittelbar durch die herrschende Macht erklärt) in welchem der individuelle des Gegners schon enthalten ist, seine Begründung erhält." v. Globig [32]) äußert sich in ähnlicher Weise, aber mit anderer Motivirung, indem er umgekehrt den Erfüllungseid in noch höherem Grade als den Reinigungseid für zur Abschaffung geeignet erachtet. Jenen

---

32) a. a. O., S. 108, 112.

hält er zwar in minderwichtigen Fällen, worin es sich um eine Geldstrafe, oder eine andere Einbuße des Eigenthums und persönliche Vorrechte handelt, zur Widerlegung der gegen den beklagten Theil vorhandenen Beweise deshalb für wirksam, weil in solchen Fällen das religiöse Interesse des Individuums, vereinigt mit der Furcht vor der Strafe des Meineids, gewöhnlich stärker zu seyn pflege, als der Vortheil, welchen der Eid verschaffen könne; fügt aber hinzu, daß doch immer dieses präsumtive Uebergewicht sehr schwankend bleibe und von dem moralischen Charakter der Nation und der Volksklasse, wozu der Schwörende gehöre, am meisten aber von individuellen moralischen Verhältnissen abhänge; weshalb er den Nichtgebrauch dieses Eids, die Suspendirung des Verfahrens, so wie die Benutzung eines solchen Auswegs, welcher den Anspruch sichere und der nur dem zur Last falle, welcher die Unzulänglichkeit des Beweises verschuldet habe, der gesetzgeberischen Klugheit für entsprechender und den Eid nur dann für unbedenklich hält, wenn der Gegner auf Entscheidung der Sache durch diesen Eid besteht. Der Erfüllungseid soll um deswillen noch weniger Gründe der rechtlichen Zulässigkeit für sich haben, weil er ein Zeugniß des Beweisführers in eigenen Sachen sey, wobei er die nachtheiligen Folgen des falschen Eides deshalb weniger, als in andern Fällen, zu fürchten habe, weil die für ihn nach dem gerichtlichen Erkenntnisse vorhandenen, unvollständigen Beweismittel ihm die Vermuthung der Rechtlichkeit beilegten; einer so schlüpfrigen Beweisergänzung aber nicht zu trauen sey; und weil endlich derjenige, welcher in einem Rechtsstreite unzulängliche Beweismittel wähle, dieses seiner Nachlässigkeit beizumessen, oder, wenn ihn ein Zufall dazu genöthigt, dieß Unglück auf eigene Rechnung zu nehmen habe, deshalb aber nicht eine, mit den Erkenntnißgründen der Wahrheit streitende Begünstigung zum Nachtheile seines Gegners verlangen dürfe.

Während also Grolman die Zulässigkeit jener Eide durch Bestreitung des Rechts des Staats zu ihrer Gestattung in Zweifel zieht, kämpft v. Globig wider solche vornämlich wegen der Unzulänglichkeit derselben als Beweismittel, besonders auch aus Gründen an, welche der Persönlichkeit des Schwurpflichtigen entnommen sind.

Dieses sind, neben dem bereits früher Ausgeführten, die Haupt-

einwendungen, welche wider die in Rede stehenden beiden richterlichen Eide vorgebracht werden.

Was zunächst jene erstere Annahme Grolman's betrifft, so liegt ihr einmal der Gedanke zum Grunde, daß die Entscheidung eines Rechtsstreits durch den Eid nur in Folge einer Uebereinkunft der Streittheile statthafter Weise erfolgen könne, und dann der weitere, daß Eide, von welchen hier die Rede ist, zu den Beweismitteln eigentlich gar nicht gehörten. In dieser doppelten Richtung wird man aber jenem Verwerfungs-Urtheile nicht beitreten können. In der ersteren nicht, weil dem Richter vor Allen der Beweis der streitigen Thatsachen zu führen, seiner Prüfung also auch vornämlich es anheim zu stellen ist, welcher Grad der Glaubwürdigkeit den ihm vorgelegten Beweismitteln beizulegen sey. Gelangt er nun bei dieser Prüfung zu dem Resultate, daß aus dem geführten Beweise ein der Beachtung würdiger Grad der Wahrscheinlichkeit sich herausstelle, alsdann kann, so lange das bestehende Recht für den Fall eines nur unvollständigen Beweises die Entscheidung des Rechtsstreits von der Ableistung eines Erfüllungs- oder Reinigungs-Eides abhängig macht, davon, jenes Recht des Staates und also auch des Richters in Zweifel zu ziehen, nicht die Rede seyn [33]). Eben so wenig läßt sich dann aber auch, unter jener

---

33) Daher bemerkt denn auch J. T. Werner, Archiv d. Criminalrechts (h. v. Klein, Kleinschrod und Konopak; Halle, 1805) B. VI Nr. III: „Ueber den Eid rc.", S. 69: „Der Richter braucht zur Auferlegung des Erfüllungs- oder Reinigungs-Eides die Erlaubniß dessen nicht vorher einzuholen, gegen den der Eid abgeschworen werden soll Das Gesetz ertheilt ihm dazu die Gewalt in den dazu sich eignenden Rechtsbegebenheiten. Der, zu dessen Nachtheil der Eid abgelegt wird, kann hier nicht das Staatsrichteramt eines unerlaubten, d. h. eines solchen Zwanges anklagen, dessen Rechtlichkeit erst noch ihrer Begründung bedarf. Wer seine Rechtsanforderung auf einen rücksichtverdienenden Grad der Wahrscheinlichkeit emportreiben kann, hat dem Richter den unwidersprechlichen Beweis gegeben, daß er ein redlicher Mann sey. — Er hat vollständig erprobt, wie sehr er es verdiene, daß der Staat ihm traue, — wie gegründet die Hoffnung sey: daß der Fordernde wahr reden werde, wenn der Staat sich der Eidesauflage, als desjenigen Mittels bedient, wodurch sich derselbe auf den möglich höchsten Standpunct seiner Ueberzeugung, daß der Schwörende wahr rede, hinschwingt. Der Staat ist verbunden, dem Bürger zu trauen, wenn er, ohne daß er demselben traut, seine Pflicht nicht erfüllen kann — Sobald also der Staat

Voraussetzung, ein Recht des Gegners des Beweisführers behaupten, zu verlangen, daß der letztere, ohne Benutzung des Eides, vollständig seiner Obliegenheit nachkomme, den behaupteten Ausspruch thatsächlich zu erweisen. Denn ist der Eid, also insonderheit der hier in Rede stehende nothwendige, ein Beweismittel, dann hat auch jenes Verlangen keine genügende Begründung. Der Beweisführer, resp. sein Gegner, gewährt eben dem Richter durch die Leistung des Erfüllungs-, oder des Reinigungs-Eids die Ueberzeugung von dem rechtlichen Grunde oder Ungrunde des in den Streit gezogenen Anspruchs.

Es kommt denn also Alles darauf an, ob es wohlgethan sey, wenn die Gesetzgebung die in Rede befindlichen Eide beibehalte? Das Verbot an den Richter, auf das „non liquet“ zu sprechen, die Anerkennung des Eides überhaupt als eines Mittels allen Streit zu schlichten zufolge der christlichen Lehre, und die Art und Weise der Handhabung dieses Mittels führt zur Bejahung dieser Frage. Wenn man hiernach schon die Statthaftigkeit dieser Eide auch für die Zukunft nicht wird bestreiten können, so tritt dann noch ein weiteres Unterstützungs-Moment hinzu, welches sich zwar zunächst auf den Reinigungseid bezieht, dem in ihm liegenden Grundgedanken zufolge aber auch eine Anwendung auf den Ergänzungseid gestattet. Es ist nämlich bereits früher an diesem Orte [34]) des ältesten, durch die heilige Schrift beglaubigten Gerichtseides gedacht, wonach in dem Falle, wenn, in Folge der Vorenthaltung fremden Viehs, dieses gestorben, beschädigt, oder heimlich weggetrieben worden war, die Frage: ob nicht der Verklagte seine Hand an seines Nächsten Habe gelegt habe? zum Eid vor den Richtern gebracht werden sollte. Dieser Fall ist ähnlich demjenigen, welcher nach älterem deutschen Rechte vorkam, also ein wirk-

---

in Ermangelung anderer und befriedigenderer Ergründungsmittel des Wahren, Ueberzeugungsgründe, erhalten hat, daß er der Gewissenhaftigkeit des Bürgers trauen könne, so muß er demselben trauen. Die Rechtsregel: actore non probante, reus absolvitur, oder: cui deficit probatio, illi et deficit jus, kann nur von dem Falle gelten, wo der Fordernde nicht das geringste Begründungsdatum für seinen Anspruch beizubringen und bei dem Richteramte dadurch keine vernünftigen Vertrauensmotive in seine Sittlichkeit zu erregen vermag.“

34) Abth. I S. 28.

licher Reinigungseid. Wenn nun aber, nach jener Stelle des mosaischen Rechts, unbedenklich hierzu geschritten werden, der Richter also in Folge der Leistung oder Verweigerung des Eides in der Sache erkennen konnte, so ist damit für eine christliche Regierung mindestens ein höchst beachtungswürdiger Wink gegeben, den Reinigungs- und den Ergänzungs-Eid beizubehalten. Es wird aber auch bei der Statthaftigkeit beider Eide heutigestags um so weniger Bedenken seyn, als dermalen der Richter nur nach sorgfältiger Prüfung der Partei-Verhandlungen, der persönlichen Glaubwürdigkeit beider Parteien, der Beschaffenheit der Sache und der sonst noch in Betracht kommenden Verhältnisse für den einen oder andern Eid sich zu entscheiden, gehalten ist. Gerade diese Garantie, welche für den Eid durch die richterliche Prüfung der Voraussetzungen desselben gewährt wird, erscheint bei den in Rede stehenden Eiden um so erfolgreicher, je bestimmter einerseits dabei die Einwirkung der Parteien durch Vertrag ausgeschlossen ist und je festere Anhaltspunkte dem Richter für die Erkennung des Ergänzungs-, oder des Reinigungs-Eides gegeben sind. Daß die positive Gesetzgebung jene nur andeuten kann und der Praxis vorbehalten muß, solche näher auszubilden, versteht sich von selbst und die vorausgegangenen Mittheilungen in dieser Beziehung mögen deshalb dazu dienen, einer weiteren Entwickelung die Grundlage zu gewähren. Und nur auf diesem Wege lassen sich denn auch die früher (S. 1 fg.) angedeuteten Bedenken wider die Zuläſſigkeit insonderheit des Ergänzungseides, womit dann wider, nach der weiteren Ausbildung des Reinigungseides, auch die gegen den letzteren zusammenhängen, beseitigen. Von einem halben, mehr oder weniger als halben Beweis wird freilich fortan nicht die Rede seyn dürfen, aber die durch sonstige Beweise gewirkte, mehr oder mindere, Wahrscheinlichkeit an sich begründet jedenfalls für den Richter ein genügendes Moment, in die Partei, für deren Behauptungen jene streitet, das Vertrauen zu setzen, daß sie, bei Leistung des ergänzenden, oder vom Verdachte sie reinigenden Eides, mit gewissenhafter Sorgfalt alle diejenigen, ihr zugänglichen, Thatumstände beachtet haben werde, welche zur Feststellung der Wahrheit geeignet erscheinen. Damit aber diese, zufolge der zeitherigen Auffassung der Prozessualisten und in der Praxis der Partei ausschließlich

überlassene Prüfung der, außer dem gelieferten Beweismaterial, noch weiter benutzten Beweismomente, eine objective, also auch für den Richter selbst erkennbare und von ihm anerkannte erhebliche, Bedeutung erlange, würde es angemessen erscheinen, anzuordnen, daß diejenigen Momente, auf welchen, neben dem gelieferten unvollständigen Beweise, der Schwurpflichtige seinen Eid stützt, speciell von ihm anzugeben seyen. Damit wäre ein Zwiefaches erreicht. Einmal würde nämlich der Richter daraus erkennen, ob in der That der Schwurpflichtige, neben jenem unvollständigen Beweis, sonstige Beweisgründe habe, oder nicht und in diesem letzteren Falle müßte sich dann ergeben, daß z. B. der jenem auferlegte Ergänzungseid nur als Glaubenseid von ihm aufgefaßt wäre, also in jener Eigenschaft gar nicht abgeleistet werden könne. Dann aber würde sich aus jener Darlegung auch ersehen lassen, ob die Voraussetzungen des einen oder andern der in Rede stehenden nothwendigen Eide vorlägen.

Die Zulässigkeit eines solchen, auf die Angabe von Gründen gerichteten, Verlangens des Richters ergibt sich denn auch aus dessen im Allgemeinen bestehenden Fragerecht in Ansehung zweifelhafter thatsächlicher Momente, welches, wie früher (S. 152) hervorgehoben worden, alsdann eintritt, wenn dem Richter eine genügende Veranlassung zu dessen Geltendmachung gegeben ist und es wird, unter solchen Voraussetzungen, vor dem höheren und allgemeinen Interesse die Heilighaltung des Eides und dessen richtiger Handhabung hinzuwirken, namentlich der hier gewöhnlich entgegengesetzte Grund, daß die geheimen Gedanken des Menschen, welche z. B. zu der beabsichtigten Leistung des Ergänzungseides Veranlassung geben sollen, nicht vor Gericht zu ziehen seyen, zurücktreten müssen.

Die Voraussetzungen der beiden Eide: die Existenz des geeigneten unvollständigen Beweises, beziehungsweise beim Erfüllungseides das Hinzutreten eines neuen Beweis-Momentes zu jenem durch die Wissenschaft des Schwörenden, werden, nach den im Bisherigen ausgeführten Grundsätzen als wesentlich betrachtet werden müssen. Und eben so wird man der particularrechtlich hin und wieder geltenden Vorschrift der Unzulässigkeit auch solcher Eide in weniger wichtigen Rechtssachen, der relativen Unbestimmtheit dieser

Bezeichnung zufolge, auf den Vorgang der Praxis, auch im Wege der Gesetzgebung nicht allzu viel Gewicht beizulegen haben.

Die Zeit und Veranlassung der Darlegung dieser Gründe würde durch die Acte der Beweis- und Gegenbeweis-Antretung bezeichnet seyn. Denn da regelmäßig um diese Zeit schon weder der den Beweis, noch der den Gegenbeweis führende Theil mit völliger Gewißheit zu erkennen vermag, ob die Führung dieser Beweise den Notheid überflüssig machen, oder umgekehrt eine Veranlassung dazu noch sich darbieten werde, so würde eine deshalbige Angabe für diesen letzteren Fall völlig entsprechend erscheinen.

8. Der Diffessions-Eid.

Nach der früher (S. 261) gegebenen Darstellung der Entwickelung der Grundsätze dieses Eides mußte, je nach der Verschiedenheit der Stellung der Rechtslehrer, welche dabei thätig waren, auch eine wesentliche Verschiedenheit in Beziehung auf die Auffassung der rechtlichen Natur dieses Eides hervortreten. Nach der einen Ansicht, welche im römischen Rechte ihre Begründung fand, wurde von dem Principe ausgegangen, daß, da dem Vorbringen einer Partei zu ihrem Vortheile im Processe Glauben nicht geschenkt werden dürfe, auch Privat-Urkunden, außer den speciell gesetzlich begründeten Ausnahmsfällen, an sich weder für, noch gegen den Aussteller, für dargethan erachtet und also nur im Fall der rechtlichen Feststellung in sonstiger Weise, z. B. durch Anerkennung, Schriftvergleichung, Eideszuschiebung ꝛc. beweisende Kraft ihnen beigelegt werden könne. Zufolge der andern Hauptansicht hingegen stellte sich der in Rede stehende Eid im Wesentlichen als Reinigungseid dar, wodurch also der Product von dem angeblich in der Urkunde wider ihn vorliegenden eigenen Zeugniß sich befreiete. Verschieden von den Folgerungen, welche aus der ersteren Meinung abgeleitet werden mußten, bestanden solche dann nach der anderen vornämlich darin, daß der Diffessionseid weder als Calumnien-, noch als zugeschobener Eid aufzufassen sey, und demnach auch von einer Relation des letzteren nicht die Rede seyn könne; dagegen aber, nach dem Grundgedanken, welcher an der

Spitze der Lehre von dem älteren Reinigungseide stand, der Product zum Diffessionseide sich erbieten müsse. Nach diesen Grundsätzen hat sich denn auch in Hessen dieser letztere, wenn auch nicht ganz rein in jener Eigenschaft, ausgebildet, indem einerseits dem Producenten der Beweis der Aechtheit der Urkunde, andererseits dem Producten der der Gewissensvertretung zugestanden wurde.

Prüft man nun die Frage: ob dieser Eid sich auch hinfüro als empfehlenswerth, oder nicht vielmehr als ein solcher darstelle, dessen Abschaffung zulässig oder geboten sey? so kann zunächst das denselben zum Grunde gelegte, so eben angedeutete, Princip nur als ein der Natur des in Betracht kommenden Verhältnisses völlig entsprechendes aufgefaßt und nach dieser Richtung sonach die zuletzt aufgestellte Frage nicht bejahet werden. Dieß ist denn auch nicht der Punct, auf den neuere Rechtslehrer, welche die Beseitigung dieses Eides für wünschenswerth halten, sich beziehen. Es ist vielmehr vornämlich der Grundsatz der Zweckmäßigkeit, welcher dabei geltend gemacht wird und dem die Anerkennung der Pflicht des Beweisführers, schon von Haus aus über die Art des von ihm zu erbringenden Aechtheitsbeweises, mit Ausschließung der eidlichen Ableugnung der Urkunde durch seinen Gegner, sich zu bestimmen, für entsprechender erachtet wird. Demnach ist der hier als entscheidend ausgedrückte Gedanke der, das Stadium des Beweises im Processe zu concentriren, und damit die auch in so vielen andern Rechtsmaterien oft gestörte Einheit der rechtlichen Grundsätze herzustellen [35]). Inzwischen ist doch andererseits zuzugeben, daß gerade bei dem in Rede stehenden Eide der geltend

---

35) So erklärt es z. B. Ortloff, a. a. O., S. 93 für unbedenklich, wenn man bei fremden Handlungen die Zurückschiebung des Eides und bei dem zugeschobenen Eid überhaupt die Gewissensvertretung zulasse, die Zurückschiebung des über die Echtheit einer fremden Urkunde deferirten Eides und die Gewissensvertretung gegen den Echtheitsbeweis bei Urkunden durch Eid ebenfalls zuzulassen. Wählt aber, bemerkt er weiter, der Beweisführer den Echtheitsbeweis durch Zeugenrecognition oder Schriftvergleichung, so ist damit auch zugleich die Zulässigkeit eines Gegenbeweises dagegen entschieden. Die Frage aber, ob, nachdem solche Echtheitsbeweise mißlungen, noch ein Regreß zur Eideszuschiebung stattfinde, fällt mit der allgemeinen Frage, ob man bei dem Beweis eventuelle Eideszuschiebungen zulassen will, zusammen.

gemachte Uebelstand in der Erfahrung sich nicht besonders fühlbar macht. Ist der Beweis, neben der in Frage stehenden Urkunde, noch mit andern Beweismitteln, Zeugen rc., angetreten worden, nun, so werden diese abgehört und wenn die Beweisverhandlungen geschlossen sind, wird regelmäßig, neben dem Diffessionseide, auch im geeigneten Falle eventuell der Schieds-, oder sonst nothwendige Eid auferlegt; so daß sich also rücksichtlich des durch die Urkunde veranlaßten Incidentbeweises nicht behaupten läßt, es werde dadurch der Regel nach der Rechtsstreit über die Gebühr verlängert oder zerrissen. Wohl aber läßt sich für die Beibehaltung dieses Eides anführen, daß das Aufgeben des erwähnten, ihm zum Grunde liegenden, Princips für den Producenten, welcher zu dem Producten sich versieht, daß er gewissenhaft seine Erklärung auf die Urkunde abgeben werde, um so mehr eine nicht zu rechtfertigende Beschwerniß seyn müsse, als regelmäßig der Producent mit sonstigen Beweismitteln, um die Aechtheit der Urkunde zu führen, nicht ausgerüstet, die Eideszuschiebung aber weniger empfehlenswerth ist; indem, wenn der Product weiß, daß das wider ihn vorliegende urkundliche Zeugniß nicht in Betracht gezogen werden kann, sein Gewissen also diesen stummen und doch so beredten Ankläger vor der weltlichen Obrigkeit nicht zu fürchten braucht, er auch das Forum seines eigenen Gewissens weniger zu scheuen nicht selten in der gefährlichen Versuchung sich befinden und also den deferirten Eid falsch schwören wird. Damit steht aber die allgemeine Rücksicht in Verbindung, daß es nicht gerathen erscheint, den noch im Volke lebendigen Glauben an die besondere Bedeutsamkeit ausgestellter Urkunden anzutasten, und daß es vielmehr umgekehrt als eine gebotene Pflicht sich darstellt, in aller Weise ihn zu pflegen und zu fördern. Daß das Gegentheil geschehen würde, wenn man den Satz ins Leben einführen wollte, es habe eine Privaturkunde nicht die Bedeutung, daß der Aussteller rc. dadurch zur eidlichen Ableugnung veranlaßt werden könne, ergibt sich ohne Weiteres.

9. Der Editions-Eid.

Er beruhet auf demselben Gedanken, wie der Reinigungseid. Der Implorant soll beschwören, daß die Urkunde, deren Vorlegung

der Implorant begehrt, sich nicht in seinem Besitze befinde, und zugleich, daß er, — da doch ein unverschuldetes Abhandenkommen denkbar ist, — nicht in böslicher Absicht dieses letztere veranlaßt habe.

Allerdings ist er in manchen Ländern entweder ganz aufgehoben, oder doch sehr beschränkt worden. Der erste Grundsatz („Nemo tenetur edere contra se") findet sich in der französischen Gesetzgebung [36]) und beruht hier auf dem ausgedehnteren Princip der Oeffentlichkeit der Urkunden; der andere ist in der östreichischen Legislation in soweit anerkannt, als danach die Editions-Verbindlichkeit nur im Fall sie aus dem Eigenthum oder Vertrag hervorgeht, zugelassen wird [37]).

Die Gründe aber, welche man [38]) wider das Princip des Editionseides in Bezug genommen hat, stellen sich nicht als haltbar dar. Der Einwand ist zum Theil wider die Zulässigkeit des Eides überhaupt gerichtet, und beseitigt sich in sofern durch das früher in dieser Hinsicht Ausgeführte. Wenn aber sodann behauptet wird, daß der Editionseid insbesondere einer Menge von Mental-Reservationen Raum gebe, so liegt dazu hier nicht mehr Grund, als bei andern Eiden vor. Denn der Implorat wird, wenn er die Urkunde gar nicht verwahrt, oder an einem unsichern, ihre Integrität gefährdenden, Ort liegen läßt, keineswegs, wie Mittermaier (a. a. O., S. 85), annimmt, sich überreden können, daß er die Urkunde „nicht gefährlicher Weise" habe abhanden kommen lassen, und wenn ihm daher zugemuthet wird, daß er dieses eidlich erhärte, so handelt er keineswegs innerhalb des Kreises seiner Pflichten, wenn er den Eid leistet, und es wird einer für solchen Fall vorgeschlagenen Erweiterung der Formel etwa dahin, „daß auch dasjenige, was der Implorat darüber angezeigt, der Wahrheit überall gemäß sey und und er nichts verschwiegen habe" [39]), zur

---

36) Dalwigk, Handb. d. französ. Proc. B. I Abth. 2 §. 127; Rauter, cours de proc. civ. §. 132.

37) Pratobevera, Materialien ꝛc. B. IV Nr. I §. 23 (S. 110).

38) M. Mittermaier, ü. die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden (Heidelb. 1835). S. 84 fg.

39) Grävell, Com. zur Preuß. Ger.-Ordn. B. II §. 84.

Erreichung des Zwecks kaum bedürfen. — Wenn sodann Mittermaier den fraglichen Eid deshalb als ein ungeeignetes Mittel, die Wahrheit zu erforschen, darstellt, weil „der Urkundenbesitzer, der bloß aus Nachlässigkeit die Schrift nicht mehr habe, nur zu sagen brauche: er habe eine ähnliche Urkunde wohl gehabt, sie aber verloren, und wenn er hieran die Folgerung schließt, daß man nunmehr ihn nicht strafen könne, da er eine Verpflichtung zur Aufbewahrung weder durch Gesetz, noch durch Vertrag gehabt habe", so ist zweierlei gegen diese Begründung einzuwenden. Einmal, daß die Prüfung der für oder wider die Annahme streitenden Momente, daß er arglistiger Weise das Abhandenkommen der Urkunde herbeigeführt habe, unbedenklich dem Imploraten wird überlassen bleiben können, indem es sich dabei um Thatsachen handelt, worüber er regelmäßig Kenntniß aus eigener Wissenschaft hat; wie denn auch der gemeine Mann zu beurtheilen im Stande ist, ob jenes Abhandenkommen auf einem, in seinem Verschulden begründeten, positiven oder negativen Handeln beruhe, oder nicht. Im geeigneten Falle, wenn nämlich nach Beschaffenheit der Sache und Person eine Wahrheitswidrigkeit zu besorgen stände, würde das Gericht sich der ihm zu Gebote stehenden Mittel, dem Imploraten das Gewissen zu schärfen, zu bedienen und dabei Gelegenheit haben, durch alle zur Erläuterung des bei dem Eide in Betracht kommenden Sachverhältnisses geeigneten Bemerkungen ebenmäßig, wie den Zweck der Wahrheits-Erforschung, so den der Bewahrung der Gewissensruhe des Schwurpflichtigen zu fördern. In Beziehung auf den von dem mehrgenannten Schriftsteller unterstellten Fall würde demnach der Richter, vermöge seines durch jene unbestimmte Angabe des Imploraten: „er habe eine ähnliche Urkunde gehabt, habe sie aber verloren" angeregten Fragerechts, die nähere Bezeichnung jenes Documents und die Art und Weise des Verlorengehens zu erforschen sich veranlaßt finden und so zu einem erheblichen Resultate zu gelangen in der Lage seyn. Es wird ihn nicht beirren, daß Fälle eintreten, in welchen die List des Befragten der Lüge, dem leichtsinnigen Eide die Bahn bricht; denn dieser Erfolg deutet nur die Unfertigkeit und Mangelhaftigkeit des dem Richter dargebotenen Mittels in manchen Fällen des Kampfes gegen die Lüge an, begründet aber keineswegs unter allen Um-

ständen die behauptete Verwerflichkeit desselben. Darauf sodann, daß der Schwurpflichtige in dem angedeuteten Falle nicht gestraft werden könne, kann nichts ankommen; dem Verbrecher wird das auch in andern Fällen nicht selten, auch dem umsichtigsten Richter gegenüber, gelingen; bei der Entscheidung der Frage, ob der in Rede stehende Eid statthaft sey? liegt der Schwerpunct nicht sowohl auf dem strafrechtlichen Gebiete, als auf dem der Religion und der Moral und ist nur auf diesem zu entscheiden.

Schließlich kann man zwar zugeben, wie die Androhung des Rechtsnachtheils, daß nicht blos der Besitz der Urkunde für eingestanden, sondern auch ihr Inhalt für anerkannt werde erachtet werden, in dieser zweiten Richtung die Obliegenheit des Imploraten überschreitet. Soll indessen überhaupt der in Rede stehende Eid Bedeutung und rechtliche Folge haben, so wird alsdann allerdings auch diese Androhung beibehalten werden müssen; welche Annahme denn auch in keiner Weise dem materiellen Rechte des Imploraten Eintrag thut.

10. Der Manifestations-Eid.

Auch dieser Eid hat mit dem Reinigungs-Eide eine gemeinsame Grundlage; er enthält eine Anwendung desselben nach einer speciellen Richtung hin. Wer also in der Lage sich befindet, in Ansehung eines Vermögens, oder eines Theils desselben dergestalt der Redlichkeit eines Dritten überlassen seyn zu müssen, daß es in des letzteren Belieben steht, ob und wieweit er jenem die zur Wahrung dessen Interesses erforderliche Auskunft ertheilen will, soll befugt seyn, eine eidliche Erhärtung dieser letzteren zu begehren. Die Zulässigkeit und Angemessenheit dieses Mittels, die Wahrheit zu erforschen, kann nicht bestritten werden.

Die Frage ist denn auch vornämlich nur die: auf welchen Umfang solches beschränkt werden müsse? Hier ist die durch die Erfahrung veranlaßte zwiefache Betrachtung von Wichtigkeit: einmal, daß in gewissen Verhältnissen, wie in Erbschafts- und Concurs-, auch wohl Vormundschafts-Sachen, der Gebrauch des Manifest.-Eides als ein regelmäßig eingeschlagener Weg, die Wahrheit zu ermitteln, sich darstellt, — wohingegen er in andern,

seltneren, Fällen fremder Vermögens-Verwaltung als ein nur wenig benutztes Mittel erfahrungsmäßig erscheint

In jenen erstgedachten Verhältnissen wird nämlich der Berechtigte, ohne hinzutretende Garantie der etwaigen Unredlichkeit des andern Theils, hilflos und in Abhängigkeit von dessen guten Willen versetzt. Hier ergibt sich also die Gefahr jenes schon aus den obwaltenden Verhältnissen und es ist demnach eine weitere Verdächtigung des Subjectes nicht erforderlich. Denn die aus der Lage eines Gemeinschuldners und seiner Hausangehörigen für seine Gläubiger, — ferner aus der Besitzergreifung einer fremden Erbschaft, aus der Anwesenheit in der Wohnung des Abgeschiedenen, für den Erben, — aus der Verfügungsgewalt des Haupterben für den Pflichttheils-Berechtigten, — aus dem anticipirten Genusse collationspflichtiger Vermögensantheile für den die Collation zu verlangen berechtigten Miterben abgeleitete Gefährde wird bei ihrer Allgemeinheit und der Unbestimmbarkeit ihrer Richtung nie oder nur selten durch objective Nachweisung des Gegentheils beseitigt werden können. In allen jenen Fällen ist also die Pflicht zur Ableistung des Manifest.-Eides und das Recht solche zu verlangen begründet. Wenn gleich gewöhnlich, wie namentlich in Hessen, zu der erwähnten Gattung von Verhältnissen auch die vormundschaftliche Vermögens-Verwaltung gerechnet wird, so kann doch hier nach den für die Sicherheit des Bevormundeten getroffenen Anordnungen das Bedürfniß zur Anwendung jenes Eides nur selten hervortreten. Die förmliche Errichtung eines vollständigen, oder doch durch die richterliche Cognition und eidliche Bekräftigung der Betheiligten als solches erwiesenen Inventars bildet die Grundlage der späteren Vermögens-Administration des Vormundes; eine jährlich, unter richterlicher Aufsicht des Gerichts zu bewirkende und urkundlich zu bescheinigende, Rechnungsablage, so wie die Acten der obervormundschaftlichen Gerichtsbehörde erhalten die letztere in fortdauernder Kenntniß vom Bestande des Vermögens und der in Beziehung auf solches eingetretenen Veränderungen. Auf diese Vorgänge hin ist denn auch der Vormund nach Beendigung der Vormundschaft durch die Volljährigkeit des Mündels für die noch weitere Zeit die Rechnung zu stellen und die Herausgabe des Vermögens zu bewirken im Stande, ohne daß regelmäßig die Noth-

wendigkeit, den Antrag auf Ableistung des Manifest.-Eids wieder ihn zu richten, hervorträte, wenn gleich ausnahmsweise allerdings eine solche sich geltend machen kann. Hätte z. B. der Vormund eine dem Mündel ohne Kenntnißnahme der obervormundschaftlichen Gerichtsbehörde angefallene Erbschaft in Besitz genommen, ohne sie zu inventarisiren, oder in der Rechnung zu vereinnahmen, oder wäre er in sonstiger, aus dem Inventar und den Verwaltungs-Rechnungen nicht zu ersehender, Weise in Vertretung des Curanden mit dem muthmaßlichen Erfolg von Vereinnahmungen thätig gewesen ꝛc., so würde in solchen und ähnlichen Fällen unbedenklich die Leistung jenes Eides erfordert werden können.

Anders verhält es sich in dem andern der angegebenen beiden Verhältnisse. Zwar wird auch hier, wie z. B. bei der durch ein Mandat, eine Geschäftsführung ꝛc. überkommenen Vermögens-Verwaltung, wenn sie sich nicht auf genaue bestimmte Gegenstände (Grundstücke, Capitalien ꝛc.) bezieht, oft ein Verzeichniß der Substanz und des Aufkommens jener in Verbindung mit der zu führenden Verwaltungs-Rechnung beiden Theilen Einsicht und Uebersicht rücksichtlich des betreffenden Vermögens gewähren und die beigebrachten Belege werden in objectiver Hinsicht die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts sichern. Häufig gestalten sich aber die Verhältnisse anders. Es hat z. B. der Geschäftsführer seiner Thätigkeit eine solche Ausdehnung gegeben, daß der Geschäftsherr sie nicht wohl übersehen kann, wohingegen andere Mittel die Wahrheit festzustellen, nicht dargeboten sind [40]. Oder es reist Jemand mit dem allgemeinen Auftrag, eine ihrem Bestande nach unbekannte Erbschaft zu erheben nach Amerika, legt aber bei seiner Rückkehr eine von Nachweisungen nicht begleitete Rechnung, welche Einnahmen entweder gar nicht, oder nur in mangelhafter Weise enthält, vor. Ist nun hier der Geschäftsherr darauf beschränkt, durch eigene, selbstständige Begründung und Beweisführung darzuthun, welche Einnahme in Wahrheit der Geschäftsführer, Mandatar ꝛc. gehabt habe, oder wird er begehren können, daß jener die Richtigkeit seiner Angaben, die allgemeinen oder speciellen, aber mit genügenden Belegen nicht versehenen, thatsäch-

---

40) wie z. B. in dem Rechtsf. Nr. 5, S. 377.

lichen Auseinandersetzungen durch den Manifest.-Eid bekräftige? Zwar wird man einerseits, bei der angedeuteten Lage des Geschäftsherrn in einem Falle der bezeichneten oder ähnlichen Art, — wo also derselbe bei einer einigermaßen verwickelten Verwaltung fremden Vermögens keine Kenntniß des Details derselben hat und sonach, einem unredlichen oder wenig gewissenhaften Geschäftsführer gegenüber, oft außer Stande sich befindet, die betrüglich oder leichtfertig aufgestellte Rechnung durch Geltendmachung der einzelnen speciellen Mängel zu berichtigen, — für die Bejahung der letzteren Alternative sich zu entscheiden geneigt fühlen. Daher wurde denn auch bei Beurtheilung des eben (S. 559 Not. 40) erwähnten Rechtsfalls die Ansicht vertheidigt: die Ableistung des Manifest.-Eids müsse alsdann stets begehrt werden können, wenn der Berechtigte wider den Verpflichteten einen Anspruch auf Auskunftsertheilung (durch Ertheilung des Inventars, resp. eidliche Specification) oder Rechnungsablage über jenem unbekannte, diesem aber bekannte Rechtsverhältnisse habe und wenn, in Ermangelung eidlicher Bekräftigung der deshalbigen Angaben, der Berechtigte sich lediglich auf die Discretion des Verpflichteten verlassen, mithin in seinen Rechten lediglich von dem guten Willen und der persönlichen Redlichkeit des letzteren abhängen würde. Dahingegen ist doch andererseits zu berücksichtigen, daß in contractlichen oder quasicontractlichen Verhältnissen der erwähnten und ähnlichen Art die bona fides es verbietet, von vorn herein den Geschäftsführer durch das auf Ableistung des Manifest.-Eids gerichtete Verlangen mit einem, vielleicht ganz unbegründeten, Mißtrauen entgegen zu treten. Man denke sich einen gewissenhaften, aber eben wegen dieser Eigenschaft auch ängstlichen und bedenklichen Geschäftsführer, welcher über verwickelte und auf einen langen Zeitraum sich beziehenden Einzelnheiten einer solchen Verwaltung Rechenschaft abzulegen hat, nach seinem besten Wissen und Gewissen auch dazu bereit ist, zu einer feierlichen Eidesleistung aber sich nicht verstehen mag, weil er vielleicht nur in Beziehung auf geringfügige Gegenstände seiner Sache nicht gewiß ist, — so muß man zugestehen, daß es für höchst mißlich zu halten ist, jener Verpflichtung zur Eidesleistung eine objective Ausdehnung in dem bezeichneten Umfange zu gewähren. Mit, vor dem Forum der

Gesetzgebungs-Politik gerechtfertigter, weiser Vorsicht hat man daher in Hessen die bereits früher (S. 390) aufgestellten Erfordernisse des Manifest.-Eids dahin bezeichnet, es setze derselbe voraus: entweder ein Verhältniß, aus welchem es dem Eidespflichtigen besonders erleichtert war, Gegenstände aus einer Vermögensmasse sich anzueignen, oder daß ein Verdacht, dergleichen Gegenstände an sich genommen zu haben, wider ihn vorliege.

11. Der Schätzungs-Eid.

Bei diesem Eide ist zunächst der Fall, in welchem er mit dem Ergänzungs-Eide zusammen trifft, von demjenigen zu unterscheiden, wo er als ein selbstständiger sich darstellt. Unter jener Voraussetzung gilt in Ansehung der Frage, ob er der Gesetzgebung auch ferner als der Beibehaltung würdig sich darstelle, Dasjenige, was von jenem bereits bemerkt worden ist. Unter dieser hingegen ist die rechtliche Natur desselben, so wie die in dieser ruhende sittliche Idee, so wie endlich die Beantwortung der Frage hinsichtlich der Zweckmäßigkeit entscheidend. Was diese verschiedenen Gesichtspuncte betrifft, so ergibt sich aus der früher über die in dem Rechte und der ihm gefolgten Praxis gegebenen Ausführung, daß dabei ein den übrigen Arten der Gerichtseide fremdes Moment Geltung erhalten hat, wodurch denn eben die Eigenthümlichkeit des Schätzungseides bezeichnet wird. Es liegt aber jenes in dem feststehenden Grundsatze, daß beim Vorhandenseyn der subjectiven Voraussetzung des Eides, also eines besonders geeigenschafteten Verschuldens des Verklagten, diesem dadurch, daß der Kläger die Größe der Verletzung, des angerichteten Schadens, eidlich wahrhalte, eine Strafe zugefügt, dem Kläger dagegen durch die Befugniß dieser Selbstschätzung eine Rechtswohlthat erwiesen werden solle. Der innere Grund, wie für die Einführung dieses Eides überhaupt, so auch für jene Auffassung als Strafe insbesondere, lag ohne Zweifel in der Betrachtung, daß ein Verklagter im Stande seyn könne, seinen Gegner dadurch am empfindlichsten zu chicaniren, daß er selbst dann, wenn ihn z. B. das Urtheil des Richters zur Herausgabe eines streitigen Gegenstandes verpflichte, entweder durch Bös-

willigkeit, oder durch eine in die Schranken derselben eingreifende Fahrlässigkeit in die Lage sich versetze, die erforderte Herausgabe der Sache nicht bewirken zu können. Zur Begegnung also dieser gefährlichen Gattung des Ungehorsams und verwerflicher Gesinnung, „cum contumacia punienda sit“ [41]), sollte, unter Gestattung der Selbstschätzung der Sache zu Gunsten des Klägers, der Verklagte zur Zahlung des taxirten Preises verurtheilt werden; jedoch nicht auf diese Taxation allein, sondern erst, wenn sie eidlich erfolgte („tanti condemnabitur reus, quanti actor juraverit in litem“). In diesem Gedanken wurzelt die Entstehung des ganzen Instituts zufolge seines, nach der weiteren Entwickelung, in den Hauptzügen früher dargestellten Umfangs. Hieraus ergibt sich aber, daß für den Kläger dieser Eid nicht blos als eine Rechtswohlthat aufzufassen sey, sondern daß er vornämlich auch dazu zu dienen die Bestimmung hat, daß dadurch die Willkühr desselben gebunden und das Gleichgewicht des Rechtes beider Theile, des Verletzten und Verletzenden, solchergestalt hergestellt werde. Der Gesichtspunkt einer Rechtswohlthat läßt sich denn auch nur in so fern festhalten, als der Berechtigte des Eides zur Bestimmung des Schätzungswerthes sich solle bedienen dürfen; womit aber natürlich noch nicht die Möglichkeit, diese Befugniß geltend zu machen, das Schwören können, also die Fähigkeit, der Wahrheit gemäß den Eid zu leisten, entschieden war, das Vorhandenseyn geeigneter Gründe der Wissenschaft, so wie ein für die Aufrechthaltung der Wahrheit bestimmter ernster Wille vielmehr hinzutreten mußte. Eben in Beziehung auf den letzteren war eine Begrenzung sowohl zur Verhütung eines gewissenlosen Leichtsinnes, als einer übertriebenen Vorliebe für den Gegenstand der stattgefundenen Verletzung erforderlich und wurde in dem überwachenden und berichtigenden Ermessen des Richters gefunden. Gerade damit nämlich, daß, wie früher hervorgehoben worden ist, der Richter, ohne eben alles auf subjectivem Dafürhalten des Berechtigten beruhende singuläre Interesse bei der Eidesleistung auszuschließen, das richtige Verhältniß zwischen dem objectiven und dem s. g. Affections-Werthe vermöge seiner unbefangenen und unpartheiischen Einsicht

---

41) l. 8 D. de in lit. jur. (12. 3).

in das Sachverhältniß herzustellen berufen ist, erhält das Institut des Schätzungseides seine, dem innern Wesen und der rechtlichen Natur des Eides überhaupt entsprechende, Bedeutung. Weder die Auffassung desselben als eine Strafe für den Verklagten, noch die einer Rechtswohlthat für den Kläger beeinträchtigt hiernach, wie beide Ausdrücke anzudeuten scheinen könnten, die Eigenschaft des Eides als eines Mittels die Wahrheit zu erforschen; immerhin bleibt vielmehr der Schwurpflichtige zu strengster Prüfung des Gegenstandes der Verletzung in seinem ganzen Umfang, und zwar nach der objectiven Seite der Wahrheit, nicht nach der subjectiven des Glaubens hin verbunden; woneben dann dem Richter die Wahrung der Schätzung dem objectiven Werthe nach obliegt. Wenn gleich nun also sich nicht läugnen läßt, daß bei diesem Eide die Collision der Pflicht, der Wahrheit treu zu bleiben, mit dem Interesse des Verletzten, die Größe des Schadens möglichst zu steigern, eine viel größere Gefahr für jenen darbietet, als bei jedem andern Eide, — was eben in dem häufigen Mangel objectiver Anhaltspuncte für solchen und in einem allgemeinen Grunde, dem leider zu oft nur sich darlegenden vorwiegenden Hang, das sinnliche dem sittlichen Interesse überzuordnen, seinen Grund findet, — so bietet doch eben jenes richterliche Ermäßigungsrecht eine geeignete und regelmäßig genügende Garantie dar.

In derjenigen Ausbildung, wie sie der Schätzungseid, zufolge der früheren Ausführung, in Uebereinstimmung mit den vorstehenden Andeutungen, namentlich in Hessen, gefunden hat, wird man demnach wider das Fortbestehen desselben nichts einzuwenden haben, zumal auch gerade hier in dem Eide regelmäßig das einzige Mittel die Wahrheit festzustellen gegeben, der Eid also zur Verhütung des gänzlichen Verlusts von Rechten unentbehrlich ist, der angedeuteten Gefahr aber durch Einwirkung auf eine richtige Auffassung des in Betracht kommenden Sachverhältnisses, und auf den Willen durch die in dieser Hinsicht zu Gebote stehenden Mittel vorgebeugt werden kann.

Nur der Einwand etwa läßt sich mit Grund wider die bisherige Art der Anwendung des Schätzungseids geltend machen, daß derselbe vor der richterlichen Ermäßigung des Resultats der Eidesleistung abgelegt wird. Dieß ist ein Gebrauch, welcher eben so

nachtheilig der hohen Bedeutung und unerlaßlichen Heilighaltung des Eides überhaupt erscheint, als auch die rechtliche Entstehung und Ausbildung des Schätzungseides insonderheit nicht nothwendig darauf hinführt. Ist einmal, was jenen Umstand betrifft, der Eid geleistet, dann sollte er den Streit schlechthin entscheiden und nun das Resultat nicht noch einer weiteren richterlichen Ermäßigung unterworfen werden dürfen. Rücksichtlich des zweiten dagegen läßt es sich mit dem richterlichen Ermäßigungsrecht, wie es sich gebildet hat, wohl vereinbaren, daß es der Eidesleistung vorausgehe und dem Eid sonach die ihm gebührende Bestimmung, das Ende alles Haders herbeizuführen, nicht entzogen werde. Diese Modification in der Auffassung mit dem Leben zu vereinbaren bedarf denn aber aus dem angeführten Grunde keines unmittelbaren Eingreifens der Gesetzgebung, steht vielmehr auf dem Wege einer der Natur des in Rede stehenden Eides entsprechenden weiteren Rechtsausbildung in der Praxis füglich zu erreichen.

Daß dagegen der Minderungseid so wenig vom Standpunkte der Nothwendigkeit als Zweckmäßigkeit sich rechtfertigt, ist bereits früher (S. 468) angedeutet worden.

12. Der Perhorrescenz-Eid.

Wenn man das Verhältniß der Richter, wie solches nach der römischen Gerichtsverfassung bestand, mit demjenigen unserer dermaligen Gerichtsbeamten vergleicht, so wird man, in Ermangelung eines Fortbestehens des Unterschieds zwischen dem Magistratus und Judex, bei der Annahme der Zulänglichkeit des in Rede stehenden Eides zu dem Zwecke, um damit allein schon den Richter von seiner amtlichen Thätigkeit in Beziehung auf die Behandlung und Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten gewisser Personen auszuschließen, für sehr bedenklich erachten müssen. Ist einmal ein Richter oder ein Collegium von solchen in einem Staate mit der Ausübung des Richteramts betrauet, dann sind diese Personen damit zugleich als solche bezeichnet worden, zu denen die Rechtsuchenden das Vertrauen haben können, daß dieselben ohne Rücksicht auf Personen und Interessen, außer denen der Rechtspflege an sich, die letztere verwalten werden. Wird gleichwohl in einzelnen Fällen von einer

Partei die Richtigkeit dieser Voraussetzung in Zweifel gezogen, alsdann berührt die Begründung des letzteren das öffentliche Verhältniß und man könnte daher geneigt seyn, die Erforschung der Wahrheit des Verdachts als nur im dienstlichen Interesse geboten zu betrachten. Jedenfalls aber haben die, auch in der früheren Ausführung rücksichtlich dieses Gegenstandes[42]) ihre Bestätigung findenden Erfahrungen zur Genüge dargelegt, welche mißliche Folgen eintreten, wenn dem Perhorrescenz-Eide an und für sich schon jene umfassende Wirksamkeit beigelegt wird. Will man allein darauf hin schon den Richter seines Amtes entheben, so wird es an Parteien nicht fehlen, welche, auf die Gefahr eines solchen Eides hin, einem ihnen aus ganz andern Rücksichten vielleicht nicht zusagenden Richter sich zu entziehen suchen. Der Eid wird Vielen nicht mißlich, die Gefahr seiner Ausschwörung nicht erheblich erscheinen. Jenes nicht, weil der Eid auf die subjective Ansicht des Schwörenden von dem persönlichen Werth oder Unwerth des abgelehnten Richters in Beziehung auf Fälle der in Rede stehenden Art sich beziehen zu können scheint, in der That aber in nicht seltenen Fällen durch ganz andere Motive erzeugt und ausgebildet sind. Dieses nicht, weil regelmäßig die Allgemeinheit eines solchen Mißtrauens, die vorsichtige Fassung seines Ausdrucks, mit einem Worte, die Nichtgreifbarkeit des zur Schuld anzurechnenden Willens der den Richter recusirenden Partei die Betretung des strafrechtlichen Gebiets eben so wohl, als die Verfolgung des aus einer Ehrenkränkung etwa herzuleitenden sonstigen Ausspruchs wider jene als ein fruchtloses Bemühen erscheinen lassen wird.

Muß man hiernach zur Verwerfung der früher (S. 470 Nr. 1 und 2) erwähnten Annahme der Stellung des Antrags auf Leistung des Perhorrescenz-Eides als allein schon genügend gelangen, so möchte auch die weitere (daselbst, unter 3 gedachte) Auffassung, daß er als Ergänzungseid stattzufinden habe, gerechtem Zweifel unterliegen. Es ist schon eine Anomalie in Beziehung auf diesen letzteren Eid, daß er Anwendung finden soll für ein Verhältniß der vorliegenden Art. Der Ergänzungseid ist seiner rechtlichen Natur nach ein

---

42) Vergl. insbesondere über die Geschichte dieses Eides in Hessen S. 477 fg.

Eid, welcher über das Mein und Dein, ein Parteien-Verhältniß, endlich zu entscheiden die Bestimmung hat, wohingegen der Zweck beim Perhorrescenz-Eid, ein öffentliches Verhältniß, die richterliche Fähigkeit in einer so wichtigen Rücksicht zu bestimmen, jener Natur von Haus aus fremd ist. Dazu kommt aber, daß ein Bedürfniß zu diesem Eid, auch bei der unterstellten Zweckbestimmung, als Ergänzungseid, nicht vorhanden ist. Hat eine Partei bereits durch Angabe geeigneter Gründe des Mißtrauens einen Verdacht begründet und bescheinigt, so wird derselbe an sich schon bei Vornahme der oberrichterlichen Prüfung zu dem Entschlusse genügen, eine Veränderung in der Person des Richters eintreten zu lassen. Freilich wird der Oberrichter mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln, insonderheit nach Abhörung des recusirten Richters, den Grund der Verdächtigung zu ermitteln trachten; dagegen aber auch mit einem geringern Grad der Wahrscheinlichkeit sich begnügen müssen, als derjenige ist, welcher ihm zur Auflegung des Reinigungseides etwa veranlassen könnte. Dieser Auffassung hat denn auch die Praxis in Hessen nicht abgeneigt sich bezeigt. Zwar ist hier, wie früher (S. 478 fg.) erwähnt worden, der Perhorrescenz-Eid unter Voraussetzung geeigneter und bescheinigter Verdachtsgründe vorgeschrieben und es sind in Folge dessen, wie ebenwohl (S. 488) hervorgehoben, Eide dieser Art zugelassen worden; dahingegen hat man in der neuern Zeit durch eine schärfere Prüfung jener Gründe und Bescheinigungen, in Falle sie zu einem genügenden Grade der Wahrscheinlichkeit führte, von der Auflegung des Perhorrescenz-Eides regelmäßig abzustehen sich veranlaßt gefunden und auch ohne solche die Ablehnung eines Gerichts für begründet erachtet Und diese Art der Behandlung der Sache möchte sich denn auch, nach dem Angedeuteten, in jeder Hinsicht empfehlen, indem solchergestalt ein Eid beseitigt wird, welcher nicht selten aus Leidenschaftlichkeit entsprungen, die Gewissenhaftigkeit des Schwörenden mindestens in nicht geringem Grade zu gefährden geeignet ist.

13. Der Appellations- und Restitutions-Eid.

Der zuerst gedachte Eid dient, nach dem früher (S. 490) darüber Angeführten, was Hessen insonderheit betrifft, nur noch in

sehr singulären Fällen zur Nachweisung der Appellationssumme, wenn nämlich das Beschwerdeobject zwar nicht unschätzbar, aber in gewöhnlicher Weise nicht zu tariren ist, insbesondre der Appellant zur speciellen Werthangabe des Streitobjects, insonderheit wegen Mangels des Besitzes desselben und der Kenntniß des Besitzers, außer Stand sich befindet. In Beziehung auf das beneficium nondum deducta deducendi und nondum probata probandi hingegen ist der Appellations-Eid mit dem Restitutions-Eide verschmolzen und von diesem wird, da er als Calumnien-Eid in Betracht kommt, der letztere aber in einem solchen Anwendungsfalle nicht wohl zu entbehren steht, abgesehen von dem Fall sonstiger Bescheinigung, nicht abgestanden werden können.

14. Der Armen-Eid.

Wie wenig solcher heutigestags noch einer Beibehaltung für würdig erachtet werde, erhellt zunächst aus dem äußern Umstande, daß, nach dem früher bereits Angedeuteten, derselbe entweder durch einzelne Gesetzgebungen gänzlich beseitigt (S. 508), oder doch nur, wie in Hessen (S. 506), sehr ausnahmsweise für noch zulässig erklärt worden ist. Der innere Grund dieser Mißbilligung früherer Anerkennung dieses Eides liegt wohl darin, daß die Gefahr leichtsinnigen Schwörens für eine ihr Recht suchende oder vertheidigende arme Partei in solchem Falle deshalb nicht gering anzuschlagen ist, weil, wenn nicht durch Bescheinigungen des Vermögens die Armuth jener in dem hier in Betracht kommenden Sinne beschafft zu werden vermag, es an äußeren Gründen mangelt, die Dürftigkeit der Partei für glaubhaft zu halten, der Richter aber unter solcher Voraussetzung des Eids als Bescheinigungsmittels sich zu bedienen um so mehr wird Anstand nehmen müssen, als es überhaupt nicht empfehlenswerth erscheint, die Existenz eines Zustandes im Allgemeinen, wie hier den der Armuth zum Eid auszusetzen. Auch die nähere Angabe des Inhaltes des letzteren, welcher, wie er in Hessen, nach dem früher (S. 506) darüber Bemerkten, gesetzlich bezeichnet worden ist, eine eidliche Manifestation der Vermögens-Verhältniße der armen Partei in sich begreift, unterliegt, vom Standpuncte der sonstigen, vom Offenbarungseide

geltenden Grundsätze aus, einem noch höheren Bedenken und aus diesem erklärt es sich denn auch, daß nach dem Angeführten (S. 508), zufolge der Ansicht einzelner hessischer Juristen, und der Praxis nur an die gesetzlich vorgeschriebenen Bescheinigungen der Armuth sich gehalten, zu der allein in das Ermessen des Gerichtes gestellten Auflegung des Armen-Eides aber nicht geschritten wird.

15. Der Eid der Zeugen und Sachverständigen.

Ist einmal die Frage, ob überhaupt ein Eid geleistet werden darf? bejahend entschieden, alsdann kann die Anwendung dieses Satzes auch auf den vorliegenden Fall eines Versprechens, der Wahrheit gemäß aussagen zu wollen, keinem Zweifel unterliegen; da, wenn einmal überhaupt das gegenseitige Vertrauen der Menschen unter einander für geschwunden betrachtet und darum nicht an das einfache Wort sich gehalten, sondern eine feierliche Bestärkung desselben durch den Eid erfordert wird, dieß nicht blos von den Parteien-, insbesondere den Haupt-Eiden, sondern auch von den Nebeneiden, wozu der vorliegende gehört, gelten muß. Dabei läßt sich denn auch zwischen wichtigen und minderwichtigen Sachen, wegen der Unbestimmtheit des Ausdrucks, nicht wohl unterscheiden; auch wenn man ihn, wie für die meisten Fälle in Hessen geschehen ist, festgestellt hätte, so würde doch wiederum die relative Bedeutung des Ausdrucks „Wichtigkeit" neue Schwierigkeit bereiten, indem nach der Verschiedenheit der Verhältnisse der Streittheile auch das Maaß, wonach die Wichtigkeit eines Streitobjects zu bestimmen wäre, sich nothwendig ändert. Wird hiernach regelmäßig nur für den Fall des Erlasses des Eides, oder, bei Sachverständigen insbesondere, in dem einer generellen früheren Verpflichtung von der eidlichen Erhärtung der in Rede stehenden Personen abgestanden werden können, so bleibt dann nur noch die Frage, wann die Eidesleistung stattzufinden habe? und diese wird nach dem früher (S. 513) Bemerkten, dahin zu entscheiden seyn, daß dieselbe vor der Vernehmung eintreten müsse.

Sachregister.

(Die Nummern beziehen sich auf die drei Theile resp. auf die Seitenzahlen eines jeden derselben.)

Ablehnungs-Eid. (S. Editions-Eid.)
Absicht. (S. Arglist); Ergänzungseid darüber. (III. 145.)
Aechtheitsbeweis, beim Diffessions-Eid. (III. 292, 296.)
Alimentations-Vertrags-Urkunde; ob sie eine gemeinschaftliche sey? (III. 332.)
Allodial-Qualität; Vermuthung dafür. (III. 113.)
Amen, bei der Eidesformel. (I. 29.)
Anerkennung (S. Diffessions-Eid, Recogn.)
Anwaltsgebühr.-Beitreib. (S. Eideszuschieb.)
Apotheker-Privileg, ob Real- od. Personal-P.? (III. 114.)
Appellation, nicht gegen Ableistung d. Ergänz.-Eids. (III. 164.)
Appellations-Anzeige; Vermuthung für d. zeitige Insinuation rc. (III. 117.)
Appellations-Eid, zur Bescheinig. d Appell.-Summe (III. 490); beim benefic. novor. (III. 491). — Ueber die Beibehaltung. (III 566)
Appellat.-Fatalien. (S. Eideszuschieb)
Arglist. (S. Eideszuschieb.)
Armen-Eid. (III. 502) — Ueber dessen Beibehaltung rc. (III. 567.)
Außergerichtl. Geständniß; rechtl. Bedeutung u. Voraussetz. zum vollen Beweis (III. 91, 93); zum halben Beweis (III. 101).

Beamte, Vermuthung d. Legalität. (III. 118.)
Bescheinigung. (S. Eideszuschiebung.)
Besiebenen, Bedeutung. (I. 21.)
Besitz. (S. Eideszuschieb.); im eigenen Namen, zu vermuthen. (III. 112.)
Betheuerungen, im A. T. (I. 84.); bei d. Creatur. (I. 32, 39.)
Beweis; (S. Meineidsverhütung); — besserer, Zulässigkeit (II. 360); — künstlicher durch Eideszusch. (II. 358); — unvollständiger, Ergänz.-Eid (III. 48).

Beweisantretung. (S. Eideszusch.)
Beweismittel. (S. Eideszusch. ü. verlor. Urkunden; als liquides Beweismittel.)
Beweisverfahren, b. Germanen. (II. 55.)
Blinde. (S. Deferent.)
Blödsinnige. (Eidsfähigkeit.)
Bona fides. Vermuthung dafür. (III. 113.)
Brüdergemeinde; Eidesleistung. (III. 304.)

Calumnien=Eid (II. 278); als Glaubenseid, (II. 68); bei d. Eideszuschieb. (II. 53); ob im Diffess.=Eid? (III. 268.)
Christenthum, Verhältniß zur Eideslehre. (II. 30 fg.)
Comites juramenti, Grund dieser Bezeichnung. (I. 49.)
Contumacia. (S. Rein.=Eid); im Fall des Ergänz.=Eids (III. 160 fg.); bei d. Eideszuschieb. (II. 325); in Bez. auf die Beibringung des Eidesbelehr=Scheins. (II. 409.)
Credulitas rationabilis, im Gegensatz zur temeraria. (II. 78.)
Criminal=Sachen, Erfüll.=Eid. (III. 123.)
Cumulation d. Eideszuschiebung. (II. 145; s. Eideszusch.)
Curatelbestellung, zur Eidesleistung (II. 189.)
Curator. (S. Eidesleistung.)

Darlehn, „in baar vorgesch. Geld", zu vermuthen (III. 113).
Defectenbeweis. (S. Manifest.-Eid.)
Deferent. (S. Diffessionseid); wer es seyn kann? (II. 182); Ausschließung (II. 178 fg.); ob e. Meineidiger? (II. 184); — s. Befugniß (II. 175 fg.); Streitgenossen (II. 195).
Delat. (S. Difess.=Eid; Eidesweigerung); Correal=Schuldner u. Gläubiger. (II. 195.)
Dienststelle, Verleihung, Vermuthung, daß in dems. Umfang sie erfolgte, als beim Vorgänger. (III. 114.)
Diffessions=Eid, rechtl. Bedeutung u. Natur (III. 268, 270 fg.); bei Urkunden Dritter (III. 274). — Gesetzl. Begründung (III. 261). — Als Haupteid (III. 270); — dem Glauben nach (II. 93). — Deferent (III. 276). — Delat (III. 278); Erklärung dess. (III. 284); Recognition (III. 285); Weigerung des Eids (III 286); Erbieten dazu (III. 286); ob Meineidsverhütung, (III. 294), Gewissensvertretung, (III. 289), Relation (III. 287) zulässig sey? — Richterl. Prüfung (III. 230). — Ob Calum.=Eid vor der Leistung stattfinden müsse? (III. 288). — Abwendung durch Aechtheitsbeweis (III. 292); Verfahren hierbei (III. 296); Beweis durch Schriftvergleichung (III. 299); Zeugen (III. 298); ob im Executivproc.? (III. 300). — Erkenntniß (III. 305). — Anfechtung desselben (III. 306). — Ist er beizubehalten? (III. 552.)
Diligenz=Eid. (II. 94.)

Dorfgemeinde. (S. Eidesleistung durch universit.)
Dreieinigkeit Gottes, im Eid u. durch den Eid (I. 91).
Dritte. (S. Diffession; Editionsges.; Eidesleistung); Geständniß (III. 99).

Edictalen; ob d. Aufenthalt Abwesender durch Eidszuschieb. zu bescheinigen stehe? (II. 134.)
Edition v. Urkunden; — Verhältniß d. Klägers u. Verkl. rücksichtl. d. Interesses (III. 325).
Editions-Antrag; gegen den Proceßgegner (III. 324); w. Dritte (III. 323); ob gegen d. Fiscus? (III. 333) — Darlegung u. Bescheinigung (III. 339); ob durch Eideszuschiebung? (III. 341; II. 133). — Erklärung des Imploraten (III. 343). — Erkenntniß nach Ableistung des Edit.-Eids. (III. 345)
Editions-Eid, (III. 313); — gesetzliche Begründung u. rechtl. Natur (III. 309; 317 fq.); Besitz u Bescheinigung (III. 313); Vermeidung (III. 314); — Verweigerung (III. 346, 314); — Erkenntniß (III. 344). — Ist er beizubehalten? (III. 554.)
Editions-Pflicht, (III. 313); Gemeinschaftlichkeit d. Urk. (III. 327); dem Fiscus gegenüber (III. 338).
Ehesachen. (S. Eideszuschiebung); Ergänz.-Eid, (III. 124).
Eheverlöbniß-Sachen. (S. Eideszuschieb.)
Eid. (S. Gerichtseid); ü. die Geschichte des christlichen Eides. (I. 1 fg.); — Bedeutung dess. für die obrigkeitl Gewalt, (I. 277). — Ueber die Nothwendigkeit der Beibehaltung oder Beschränkung des Eides überhaupt (I. 322), oder einzelner Eide, ins. Gerichtseide (III. 518) — Verfall u. Restauration des Eides (I. 307).
Eid Gottes (I. 5 fg., 17); des Heilandes (I. 162); Bedeutung (I. 184); als Bestärkung der Verheißungen (I. 4); ist Grundform des Eids der Menschen (I. 13); u. ordnet sich in: den Eid Gottes bei s. Daseyn; den Eigenschaften s. Wesens in Bez. auf 1. die allgemeine Gottesoffenbarung (Allmacht, Heiligkeit) und 2. auf die erlösende Gnade Gottes (I. 18).
Eid der Menschen, (I. 64, 69). — Verhältniß des Eids im A u. N. Testament (I. 92); findet s. Grundlage im Eide Gottes (I. 18, 150). — Bedeutung nach d. Lehre der Reformatoren u. symbol. Bücher. (I. 184 fg.)
Eid; — 1. als gottesdienstliche Handlung (I. 92, 167, 173) u. 2. insonb. als Bekenntniß. Er beruht auf der Unzureichendheit menschlicher Kraft (I. 102); enthält daher in der Anrufung Gottes, als Zeugen und Vergelter (I. 32, 51), ein Bekenntniß zu dem einigen, lebendigen, persönlichen Gott (I. 20, 26, 27, 48—52; 153) und begreift also zugleich in sich eine Warnung, nicht zu schwören bei falschen Göttern (I 112), bei dem, der nicht Gott ist (I. 50, 51)', nicht beim „Aristotelischen, od. philosophischen" Gott (I. 155, 194; s. Dreieinigkeit Gottes); oder bei creatürlichen Dingen (I. 87, 113). 3. Er enthält eine Unterwerfung unter eine Strafe. (I. 13, 155, 166.)
Eid; — Eigenschaften des christlichen; Vorhandenseyn der drei Gefährten. (I. 49, 50, 66, 134)

Eid; der Römer, mit Rücksicht auf die Religion, im Gegensatz zur Superstition. (II. 3, 5, 6.)
Eid; der Germanen; religiöse Auffassung (I. 265); Form (I. 139); als Gottesurtheil. (II. 56; s. Reinigungs-Eid.). Modification durchs Christenthum (I. 271).
Eid; Verfall (I. 39); in Deutschland (I. 307); in Hessen (I. 312).
Eid; Restauration, Gründe zur Hoffnung (I. 320); Vorschläge. (I. 322—352.)
Eid; Verwerfung desselb. (I. 249); wieweit? (I. 158, 160, 164). — Ist er nur für den dermaligen unvollkommenen Zustand (I. 233)? verneint (I. 49). — Zulässigkeit desselben um irdischer Dinge willen (I. 19, 28); — als Wahrheits-Erforschungs-Mittel (I. 171); — im Sinne des den Eid Verlangenden (I. 114).
Eid; außergerichtlicher u gerichtlicher, Verhältniß beider zu einander. (II. 50.)
Eid; in die Seele eines Andern, (II. 220, 256, 260). — Ist er beizubehalten? (III. 535.)
Eidesbelehrung; pfarramtliche (II. 402; III. 257); günstiger Erfolg (I. 289); Mangel. (II. 332.)
Eidesbescheid. (S. Editionseid, Erk.; Ergänzungseid, Erk.; Insinuation.)
Eidesbruch, Strafe (I. 44, 52, 53).
Eidesfähigkeit (I. 137); rücksichtlich der Bedeutung des Eides (II. 191); insond. beim Meineidigen, als Delaten (II. 19); — „nach Hand und Mund" (I. 279; II. 189).
Eidesform, nach dem A. T. (I. 67); nach dem N. T. (I. 87, 93); nach der Fassung der kathol. Kirche (I. 138); der evangel. Glaubensverwandten (I. 186; 295); der Römer (II. 6); der Deutschen (III. 172 fg.). — Ueber die Form: „So wahr mir Gott helfe" (I. 155).
Eidesformel. (S. Eidessatz u. die sämmtlichen in Abth. II u. III vorkommenden Eides-Arten); Einreichung (III. 241).
Eideshelfer (III. 183); Bedeutung (I. 265 fg.); Grundsätze (III. 186); Zahl (I. 271); ihr Eid (I. 270); Beseitigung (I. 274).
Eideslehre; Verhältniß der römisch-heidnischen zur christlichen (II. 1 fg.); Einfluß insonderheit der stoischen Philosophie (II. 3, 10), so wie des weltl. u. geistl. Rechts auf solche (I. 273). — Ueber die Geschichte dieser Lehre vergl.: Abth. I. nach der ihr vorausgeschickten Inhalts-Uebersicht.
Eidesleistung. (S. Schwörungstermin); nicht durch Drohung oder Gewalt herbeizuführen (I. 138); Act ders. (I. 294; II. 411, 446); — Zusammenhang mit dem Gottesdienst (I. 40); — ohne Unterbrechung (II. 448); — auf die Reliquien (I. 139 fg.); auf das Evangelium (I. 139); Form in Hessen (I. 300); bei Geistlichen (I. 142); Weibern (I. 143); und fürstlichen Personen (II. 219, I. 144). — Ort (I. 280, 293; II. 420); im Tempel (I. 38), ins. bei Eiden d. Geistlichen (I. 142); vor Gericht (II. 412.) — Persönliche Leistung als Regel (II. 186; 206); ausnahmsweise nur durch Stellvertreter u. Dritte, Voraussetzungen hierfür (II. 200, 206, 214); durch den Vater, Curator, Vormund (II. 228 fg.), den Cedenten (II. 208), Procurator, Man-

datar (II. 211, 215), Diener und Beamte (II, 212); insb. bei gewissen fürstlichen Personen (II. 224); so wie, nach der Natur des Verhältnisses juristischer Personen durch deren Vertreter, (II. 231, 239, 270), wie beim Fiscus (II. 239), universitates inordinatae (II. 246, 248), ordinatae (II. 251), piae causae (II. 239), z. B. einem Stift (II. 211). — Wahl der Schwörenden (II. 264), Zahl und Beschaffenheit derselben (II. 270). — Ob dem Wissen oder dem Glauben nach solchen Vertretern der Eid obliege? (II. 256). — Aussetzung der Eidesleistung (II. 386). — Wegfallen durch den Tod des Schwurpflichtigen (II. 387). — Folge der Leistung. (II. 53.)

Eidesmündigkeit (I. 135; 279; II. 187); insb. Minderjähriger (I. 279).

Eides-Regulirung (III. 238).

Eides-Relation (II. 289, 295, 300).

Eides-Sätze. (S. Eidesformel; Manifest.-, Reinig.-Eid). Inhalt (III. 242); bei der Eideszuschiebung (II. 357, 446); — Verbindung verschiedener mit einander (III. 255). — Reihen- u. Zeit-Folge (II. 449). — Specialität, Vorzug des Wahrheits- vor dem Glaubens-Eid (II. 379 fg.). — Erläuterung durch das Gericht (II. 423, 449); Verbesserung (II. 364; III. 245); in höherer Instanz (III. 251); Folge (III. 255).

Eidstaben (I. 293).

Eides-Verbot im N. T. (I. 90).

Eides-Weigerung. (S. Diffess.- u. Editions-E.); des Delaten (II. 320); Fälle ders. (II. 326); Regel dabei. (II. 335.)

Eides-Zuschiebung, überhaupt (II. 36); Bedeutung ders. vom sittlichen u. religiös. Standpunct aus (II. 37); sie fällt weg, wenn der Delat ein solcher ist, von dem man weiß, daß er falsch schwören werde (I. 113); nach ihrer rechtlichen Bedeutung (II. 43); ob sie insbes. im Diffess.-Eide liege? (III. 269)? — Eidesdelation vor dem Prätor (II. 53); vor dem Judex (II. 54). — Aufnahme ders. in Deutschland (II. 55), Verschmelzung ders. (als Gewissensklage) mit dem Reinigungseide (II. 58); Zulassung namentlich in Hessen (II. 59). — Verhältniß ders. zum Vergleich u. zur Litiscontestation (II. 50). — Sie geschieht gerichtlich od. außergerichtl. (II. 50). — Richtung auf Wahrheit u. den Glauben. (II. 90, 95 fg.) — Sie ist ein Beweismittel (II. 45, 48); ob auch ein liquides? (II. 126, 131), — und nur subsidiäres? (II. 350). — Verhältniß ders. zu andern Beweismitteln (II. 346), insb. zum Rein.- u. Ergänz.-Eide. (III. 233). — Specialität des Objects. (II. 143.) — Ist die Eideszuschiebung beizubehalten? (III. 539.)

Eides-Zuschiebung, Beschränkung: in Status- u. sonstigen persönl. Verhältnissen (II. 147); in Ehe- (II. 104), Verlöbniß- (II. 108), Schwängerungs-Sachen (II. 109); ob dann, wenn es sich von Vergehen handelt? (II. 151.)

Eides-Zuschiebung in Beziehung auf einzelne Processe und Proceß-Stadien: beim künstlichen Beweis (II. 358), indirecten Gegenbeweis (II. 126); nicht beim directen (II. 134). — Vorbehalt ders., u. Ergänzung

des Beweises durch solche (II. 354); ob zur Bescheinigung processual. Anträge (II. 133), insonderh. des auf Edition? (III. 341). — E. im unbedingten Mandats- (II. 131), im Pacht- (II. 129), im Executiv- (II. 127), im Wildschadens-Proceß (II. 131), in Anwaltsgebühren-Beitreib.-Sachen (II. 132).

Eides-Zuschiebung; Wegfallen mit Rücksicht auf vorliegenden vollen Beweis (II. 113); daher sie gegen öffentliche Protocolle nicht stattfindet (II. 114); u. nicht neben schriftl. Verträgen ü. Nebenverabredungen zulässig ist. (II. 122).

Eides-Zuschiebung; Gegenstand u. Größe desselben (II. 103, 141); Ob sie zulässig über den Werth v. Dingen (II. 159 fg.), technische Verhältnisse (II. 165); Körper- u. Geisteszustände (II. 158); Schadenszufügung (II. 165); Rechtsbegriffe u. Urtheile, wie: Eigenthum und sonstige dingliche Rechte u. Lasten (II. 147), Antretung einer Erbschaft (II. 149) u. Verzicht darauf (II. 173), Besitz (II. 150), Verjährung u. Ersitzung (II. 149), Gewohnheitsrecht, Observanz u. Herkommen (II. 146), Zusicherung eines Rechts (II. 173); überhaupt: ob über Rechtsbegriffe im Allgem.? (II. 145, 155, 157), die Willensrichtung bei Rechtsgeschäften (II. 171), insonderh. Arglist, Zwang u. Furcht (II. 173) e. Eid zuzuschieben sey? — Nicht ü. Geltung eines Rechts (II. 146); nicht zur Nachweisung der Fatalien-Wahrung (II. 134). — Ob bei verloren gegangenen Beweismitteln (II. 115 fg.), u. über die Sachlegitimation zulässig? (II. 143, 207.)

Eides-Zuschiebung; Verfahren: (S. Deferent; Delat); Antretung des Beweises durch solche (II. 355); Zeit der Geltendmachung (II. 343, 345); Rechtsnachtheil (II. 344); Cumulation mit andern Beweismitteln (II. 346), ins. eventuelle Cumulation mit solchen (II. 353); Cumulation mehrer Delationen ü. denselben Eidessatz (II. 145); — Mittheilung zur Erklärung des Delaten (II. 370); — Erklärung des Delaten (II. 371).

Eigenthum. (S. Eideszuschiebung); Vermuthung (III. 113).

Endsbescheid; auf die Eidesleistung (II. 451.)

Enterbungs-Ursache; Angabe, Vermuthung (III. 115).

Erbschaftsantretung (S. Eideszusch.)

Ergänzungs-Eid. Ueberhaupt: Bedenken wider dessen Zulässigkeit (III. 1). — Gesetzliche Begründung (III. 7. 16). — Dogmen-Geschichte in Bez. namentlich auf die Voraussetzung eines halben Beweises. (Vergl. die Uebersicht des Inhalts zur Abth. III); Particular-Gesetze (III. 11—35; 39, 43). — Ist er beizubehalten? (III. 545.)

Ergänzungs-Eid; Voraussetzungen: I. Unvollständigkeit des Beweises, überhaupt (III. 48). — Ob u. wann mehr als halber Beweis (III. 35, 126)? — Insbesondere: 1. U. des Zeugenbeweises a. überh. (III. 52); b. Glaubwürdigkeit der Zeugen (III. 57); c. Beschaffenheit ihrer Aussagen (III. 59); d. ob, wenn d. Zeugen formwidrig abgehört sind? (III. 65). — 2. U. des Sachverständigen-Beweises (III. 65). — 3. U. des Urkunden-Beweises, a. durch Schriftvergleichung (III. 68),

b. durch Handelsbücher (III. 83 fg.). — 4. U. durch außergerichtl. Geständniß, a. überhaupt (III. 90); b. Voraussetzungen (III. 92). — 5. U. durch dringende Vermuthuugen (III. 104) —
Ergänzungs-Eid; nach dem Werth des Streitobjects, z. B. in Criminal- (III. 123), Injurien- (III. 124), Ehe-Sachen (III. 124); Grundsätze des hess. Rechts (III. 129 fg). — Ob die Armuth diesen Eid hindere? (III. 139.)
Ergänzungs-Eid; Qualification der Thatsachen des Eidessatzes (III. 153).
Ergänzungs-Eid; Qualification des Schwörenden: 1. Eigenschaften dess. (III. 136); Wahrheit oder Glauben jenes (III. 140). — Pflichtigkeit juristischer Personen zu dessen Leistung (III. 145).
Ergänzungs-Eid; richterliche Prüfung (III. 147); Pflicht von Amtswegen ihn aufzulegen (III. 148. 151); ob alsbald? (III. 149).
Ergänzungs-Eid; Erkenntniß darauf (III. 155.)
Ergänzungs-Eid; Termin, verschiedene Fälle (III. 159); Weigerung (III. 161 fg.); Leistung (III. 156 159).
Ergänzungs-Eid; Ableben des Schwurpflichtigen vor der Leistung (III. 157).
Ergänzungs-Eid; Anfechtung des geleisteten, durch neue Urkunden. (III. 162.)
Erkenntniß (S. Ergänz.-Eid); auf den Aechtheitsbeweis wider den Diffess.-Eid. (III. 305).
Erläuterung. (S. Eidessatz.)
Errungenschaft, eheliche, in Niederhessen zu vermuthen (III. 110).
Eventuelle Eideszuschiebung. (S. Eideszusch.)
Executiv-Proceß (S. Eideszusch.); Aechtheitsbeweis, ob zuläßig zur Abwendung des Diff.-Eids? (III. 300.)

Fiscus. (S. Editions-Antrag). — Dessen Recht, die Edition von Urkunden zu verlangen. (III. 338.)
Forderung, Vermuthung gegen deren Richtigkeit, wann? (III. 113.)
Frauen. (S. Deferent.)
Fürstenwort, schriftliches, statt Eidesleistung. (II. 223.)

Gebot Gottes, über den Eid. (I. 26.)
Gegenbeweis. (S. Delat; Eideszuschiebung.) — Gegen außergerichtl. Geständniß (III. 100); ob beim Beweis zur Meineidsverhütung? (III. 368.)
Geisteskräfte. (S. Eideszuschiebung.)
Gemeinden. (S. Eidesleistung.)
Gerichts-Eid, im A. T. (I. 28); wieweit ist er in seinen einzelnen Arten beizubehalten oder zu beschränken? (III. 518 fg.)
Gesetze, für Beweiskraft der Handelsbücher. (III. 87.)
Gesindedienst, nicht als unentgeltlich geleistet zu vermuthen. (III. 113.)
Geständniß; Bedeutung (III. 90); Dispositions-Fähigkeit (III. 93); Absicht (III. 93); Bestimmtheit (III. 95); wem gegenüber abgelegt? (III. 97.)

Gewissensklage, ehemalige, in Sachsen. (II. 56).
Gewissensvertretungs-Beweis. (S. Diffess.-Eid); bei der Eideszuschiebung (II. 304); Grundsätze in Hessen (II. 312 fg.); ob Gegenbeweis zulässig? (II. 318).
Gläubiger, übervortheilter (S. Deferent.)
Glauben; Begründung, Beschaffenheit und Verschiedenheit der Gründe. (II. 77.)
Glaubens-Eid; überhaupt, Zulässigkeit bei der Eideszuschiebung (II. 60, 62—66; 95); rechtliche Begründung (II. 66); gesetzliche Zulassung in Hessen (II. 76, 81 fg.). — Unterschied vom Nichtwissenseid (II. 80). — Anwendung auf nothwendige u. andre Eide (II. 90); — so wie auf die Vertreter juristischer Personen (II. 256), u. andere Fälle (II. 84, 85, 87). — Umfang u. nöthige Beschränkung (II. 85). — Gründe für s. Beseitigung (II. 73, III. 530).
Gott, als Zeuge u. Rächer beim Eide. (I. 85.)
Gottesurtheil. (S. Eid; Ordal.)
Gottesdienst. (S. Eidesleistung.)
Gütergemeinschaft, allgem., im Fuldaschen zu vermuthen. (III. 111.)

Handelsbuch; als gemeinschaftl. Urkunde (III. 330); Ergänzungseid auf solches (III. 83, 86); — wem steht dieß Vorrecht zu (III. 86); wann ist es ausgeschlossen? (III, 88.)
Harthörigkeit, bei der Eidesleistung. (II. 340.)
Haupteid (II. 387); im Diffess.-Eid enthalten. (III. 220.)
Heidenthum und Christenthum, Einfluß d. Unterschieds auf die Eideslehre. (II. 15 fg.)
„Höchster Glaube“, in d. Bedeutung von Eid. (III. 171.)
Holzgerechtsame, eines Hauses; Vermuthung. (III. 112.)

Ignoranz-Eid. (S. Nichtwissens-Eid.)
Injurien-Sachen; Erfüllungs-Eid. (III. 123.)
Insinuation, d. Eidsbescheids. (II. 384.)
Inspirirte, Eidesscheu. (I. 304.)
Juden; Eidesleistung ders. (II. 434); Ergänzungs-Eid. (III. 137.)
Judicium in jurante. (S. Nichtwissens-Eid.)
Juramentum in litem. (S. Schätzungs-Eid.)
Juramentum expensarum. (III. 422.)
Juristische Person. (S. Eidesleistung); Ergänzungs-Eid (III. 145); Einwendung gegen die Wahl der Vertreter der Schwurpflichtigen. (II. 275.)

Kaufbrief; ob er eine gemeinschaftliche Urkunde ist? (III. 332.)
Körpergebrechen. (S. Eideszuschiebung.)
Krankheit. (S. Eideszusch.)
Künstlicher Beweis. (III. 119.)

Legalität. (S. Beamten.)
Liquide Beweismittel. (S. Eideszusch.)
Litiscontestation. (S. Eideszusch.)
Lügenhaftigkeit, Warnung. (I. 46.)

Mandats-Proceß. (S. Eideszuschiebung.)
Manifestations-Eid (II. 94); rechtliche Natur als Rein-Eid (III. 381), als Haupteid (III. 383); — Begründung, (III. 348). — Umfang nach gemeinem und sächsischem Rechte (III. 352); Richtung nach hessischem Rechte (III. 362, 390) auf: Verhältnisse 1. der Erbschaft (III. 365); 2. des Concurses (III. 370); 3. der Vormundschafts- (III. 372); 4. der Executions-Sachen (III. 373); ob auch auf reincontractliche insond. Mandats-Verhältnisse? (III. 373). — Antrag (III. 386, 390). — Auflegung u. Formel. (III. 395.) — Vertheidigung des Imploraten durch Einreden, Leugnen, Eidesweigerung; ob auch durch den Calumnien-Eid, Relation u. Gewissensvertretung? (III. 391 fg.). — Defecten-Beweis des Imploraten. (III. 396.). — M. Eid durch Widerklage des Imploraten. (III. 395). — Ist er beizubehalten ꝛc.? (III. 557.)
Meineidige. (S. Delat; Eidesfähigkeit); Strafe (I. 38): ob solche zum Ergänzungseid zuzulassen sind? (III. 138.)
Meineids-Verhütungs-Beweis. (S. Diffess-Eid, II. 365.)
Meineids-Verwarnung des Richters. (II. 426.)
Mennoniten, Eidesscheu. (I. 303.)
Minderungs-Eid. (III. 467.)
Muciana praesumtio. (III. 112.)

Nachlaßvertrag, bei Handelsbüchern. (III. 88.)
Nebeneide. (II. 407.)
Nebenverabredung. (S. Eideszusch.)
Nichtglaubens-Eid. (II. 61, 100). Ist er beizubehalten? (III. 539.)
Nichtwissens-Eid. (II. 61, 93, 96, 99). — Ist er beizubehalten? (III. 537).
Notheid, als Glaubenseid. (II. 90.)

Obligatio, Aufhebung, Vermuthung. (III. 115.)
Ordal, Beispiel in Hessen (I. 272); Bedeutung u. Verhältniß zum Eid (III. 192).

Pachtproceß. (S. Eideszuschiebung.)
Parteien-Eid. (II. 407.)
Perhorrescenz-Eid; gesetzliche Begründung (III. 469); ins. der Recusation des Richters (III. 478); Bescheinigung des Grundes ders. (III. 485); richterliche Prüfung und Entscheidung (III. 487); Form des Eids (III. 488). — Ist er beizubehalten? (III. 564.)
Pertinenz-Qualität, Vermuthung. (III. 113.)
Pfarrer. (S. Eidesbelehrung.)

Präsumtionen. (III. 105, 107); gesetzliche und durch die Praxis anerkannte Fälle. (III. 110.)
Presbyterial-Protocoll; Geständniß. (III. 96.)
Privat-Urkunde. (S. Diffess.-Eid; Handelsbücher; Schriftvergleichung.)
Procurator. (S. Deferent; Eidesleistung.)
Protocoll. (S. Eideszuschiebung.)

Quäcker; Eidesscheu ders. (I. 302.)
Quittung, ob sie e. gemeinschaftliche Urkunde sey? (III. 334.)

Rechnungsbuch; ob es als gemeinschaftliche Urkunde gelte? (III. 334.)
Recht, geltendes. (S. Eideszuschiebung.)
Rechtsbegriff. (S. Eideszuschiebung.)
Rechtsnachtheil. (S. Eideszusch.); beim Diffess.-Eid. (III. 284.)
Recognition. (S. Diffess.-Eid.)
„Rein und nicht mein," als Eidesformel (I. 273).
Reinigungs-Eid; sittliche und rechtliche Bedeutung (III. 165); germanische (III. 180); Ausbildung des letzteren zum canonischen R. E. (III. 202); Verhältniß desselben zum Ordale (III. 192 fg.); Verschmelzung des R. E. u. der Eideszuschiebung in Sachsen (II. 58). — Verhältniß des R. E. zum Ergänzungseid (III. 226); — so wie dieser beiden zur Eideszuschiebung (III. 233). — Heutiger R. E. (I. 274; III 212). — Verfahren, Verweigerung. (III. 224). — Contumacia beider Theile. (III. 183). — Formel, heidnische (III. 173); christliche (III. 174). — Ableben vor der Leistung (III. 182). — Leistung, Ort u. Zeit. (III. 182). — Ist er beizubehalten? (III. 545.)
Relation d. Eides. (S. Diffess.-Eid.)
Restitution; gegen Ableistung des Ergänz.-Eid (III. 163); ob gegen den Diff.-Eid? (III. 308.)
Restitutions-Eid, (III. 495); dem Glauben nach. (II. 93). — Ueber dessen Beibehaltung. (III. 566).
Richter, Verwarnung vor dem Meineid. (II. 426.)
Römisches Recht, Geltung, Vermuthung (III. 110.)
Roskolniken, Secte, Eidesscheu. (I. 303.)

Sachverständige; unvollständ. Beweis, Erfüll.-Eid. (III. 65, 516). — Eid derselben. (III. 516); und dessen Beibehaltung. (III. 568).
Schadenszufügung, Eideszuschiebung. (II. 165.)
Schätzungs-Eid, überhaupt (III. 399); rechtliche Bedeutung u. Umfang (III. 401). — Verhältniß desselben zu andern Eiden (III. 418). — Begründung des Antrags überh. (III. 423); Existenz eines Schadens (III. 424); dolus oder culpa lata (III. 429); — Ungehorsam gegen gerichtliche Entscheidungen (III. 432); — Nothwendigkeit einer Schätzung des Schadens (III. 440). — Richterliche Prüfung (III. 440); Grenzen des Taxationswerths (III. 442). — Form des Eids. (III 441). — Ist er beizubehalten rc.? (III. 561.)

Schenkung, Vermuthung. (III. 114.)
Schriftvergleichung. (S. Diffeff.=Eid); Ergänz.=Eid auf den dadurch geführten Beweis, (III 68).
Schwängerungs=Sachen. (S. Eideszusch.); Vermuthung für die vom Verklagten ausgegangene Verleitung. (III. 115.)
„Schwerende u. segnende Hand" (I. 140).
Schwören, bei der Wahrheit u Gerechtigkeit. (I. 47.)
Schwörungs=Termin; (I. 280; II. 382); Gegenwart beider Theile, Folge der Abwesenheit (II. 442)
Schwur. (S. Eid.)
Schwurpflichtige; Wahl bei Eiden juristischer Personen; Zahl, Beschaffenheit jener. (S Eidesleistung.)
Secten, Bedeutung für die Eidesleistung. (I. 302.)
Seelsorger. (S. Eidesbelehrung.)
Selbstmord, ob Eidesweigerung anzunehmen sey? (II. 338.)
Siebenzahl, Bezug auf d. Eid. (I. 21)
„So wahr mir Gott helfe", oder: „So wahr der Herr lebt" Bedeutung. (I. 30, 34—36; 155.)
Specification, eidliche. (III. 355, 364.)
Staatsanwalt, als Vertreter des Staats und Landesherrn (II 220, 242 fg), so wie gewisser öffentlicher Anstalten (II. 246) bei des Eidesleistung.
Standesherrn, Eidesleistung. (II. 225.)
Stellvertreter. (S. Eidesleistung.)
Status=Verhältnisse. (S. Eideszusch.)
Stoische Philosophie, Verhältniß zur Eideslehre. (II. 3, 10.)
Streitgenossen, als Deferenten. (II. 195.)
Stumme. (S. Deferent.)
Sühne, wegen Eidesverletzung. (I. 27.)
Subsidiäre Eigenschaft des Eides. (S. Ergänz.=E.)

Taube. (S. Deferent.)
Taubstumme; ob fähig zur Eidesleistung? (II. 190.)
Taufgesinnte, Eidesleistung. (I. 305.)
Termin. (S. Schwörungs=T.)
Tod. (S. Ergänzungs=Eid). — Ob Vermuthung dafür? (III. 111); Folge des Ablebens des Schwurpflichtigen. (II. 387.)
Tutor. (S. Eidesleistung.)

Ulpian; dessen Stellung zum Christenthum, insbesondere rücksichtlich des Eides. (II. 29.)
Universitates. (S. Eidesleistung.)
Urkunde. (S. Aechtheitsbeweis; Diffessions=Eid; Editions=Eid; Eideszuschiebung; Handelsbücher; Schriftvergleichung.)
Urtheil (S. Eidsbescheid.)

Vater. (S. Eideszuschiebung.)
Verbrechen. (S. Eideszusch.)
Verdacht. (II. 77.)
Vergleich. (S. Eideszusch.)
Verjährungs-Zeit; Ablauf bei Handelsbüchern. (III. 88.)
Veritas in mente, beim Eide (I. 137).
Vermuthungen. (S. Präsumtion.)
Verschwender. (S. Eidesfähigkeit.)
Vertheidigungs-Eid, als german. R. E. (I. 274; III. 165).
Vertrags-Eingehung, Eideszuschiebung. (II. 172.)
Verzicht; Vermuthung dagegen. (III. 117).
Vorbehalt. (S. Eideszuschiebung).
Vorladung. (S. Insinuation.)
Vormund. (S. Eidesleistung.)

Wahnsinnige. (S. Eidesfähigkeit.)
Wahrheits-Eid (II. 60.); bei Eidesleistung für die Gemeinden. (III. 256.)
Weiber, Ergänz.-Eid. (III. 140.)
Werth. (S. Eideszuschiebung.)
Wiedertäufer, ü. den Eid (I. 145); insonderh. spätere. (I. 305.)
Wildschadens-Proceß, Eideszuschiebung. (II. 13.)
Willensrichtung, Eideszuschiebung. (II. 171.)
Wohnsitz des Vaters, als für den Sohn giltig zu vermuthen. (III. 112.)

Zenonischer Eid. (III. 449.)
Zeugen. (S. Diffess.-Eid; Aechtheitsbeweis.). Auflegung des Ergänz.-Eids auf unvollständigen Beweis durch solche. (III. 52, 57; 65).
Zeugen-Eid. (III. 509). — Ueber dessen Beibehaltung. (III. 568).